This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

OR TX
A61726
3 2044 103 208 989
GER
922.6
ANS

Harvard College Library.

FROM THE BEQUEST OF

CHARLES SUMNER, LL.D.,

OF BOSTON.

(Class of 1830.)

"For books relating to Politics and Fine Arts."

13 May, 1898.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

10259

Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt.

Drei öffentlich-rechtliche Studien

von

Dr. jur. Gerhard Anschütz,
Regierungsassessor und Dozent der Rechte
an der Universität Berlin.

Sonderabdruck aus dem Verwaltungsarchiv.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1897.

Digitized by Google

VI. 10269

For TX
A6172e

MAY 13 1898
LIBRARY.

2 Oct 1919
Transferred to
Law School

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

OCT 30 1919

Verlags-Archiv 2635.

Digitized by Google

Dem Andenken meines Vaters

Dr. August Anschütz

weil. ordentlichen Professors der Rechte zu Halle

† 1874.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

Einleitung 2

Erste Studie: Staatsgewalt und Einzelrecht im Staate der Gegenwart 5

1. Der allgemeinste Ersatzanspruch 5
2. Die Gewähr der erworbenen Rechte 7
3. Das Verhältniß des Einzelrechts zur Gesetzgebung 12
4. Eingriff und Ersatzanspruch bei Verwaltungsakten 17
5. Nichtanwendbarkeit des Civilrechts. Das Ergebniß 25

Zweite Studie: Der Ersatzanspruch nach dem Gemeinen deutschen Recht 28

1. Ausgangspunkte 28
2. Die Expropriationsentschädigung als Spezialfall 33
3. Die italienische Jurisprudenz des Mittelalters 36
4. Die gemeinrechtliche Entwickelung in Deutschland von der Rezeption bis zum achtzehnten Jahrhundert 43
5. Das neunzehnte Jahrhundert 54

Dritte Studie: Der Ersatzanspruch nach preußischem Recht . . . 67

I. Geschichte der Gesetzgebung 67

II. Begriffliche Untersuchungen 84

1. Inhalt der Kabinetsordre vom 4. Dezember 1831 im Allgemeinen 84
2. Die anspruchserzeugenden Staatsakte 86
3. „Besondere Rechte und Vortheile" 103
4. „Aufopferung" und „Beschränkung" des Einzelrechts 115
5. Zuständigkeit des Civilgerichts 123
6. Kritische Schlußbemerkungen 130

Digitized by Google

Digitized by Google

Der Ersatzanspruch

aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige

Handhabung der Staatsgewalt.

Digitized by Google

Einleitung.

Im Wesen der Staatsgewalt liegt es, daß der Einzelne ihr unterthan ist, und daß sein Eigenthum keine Schranke ihres Wirkens bildet. Mit dem Begriffe des Gemeinwohls ist gegeben, daß es auf Kosten der Einzelinteressen Förderung erfahren soll. So entfaltet sich die Möglichkeit von *Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt.*

Ein Staatsgesetz beseitigt die Sonderrechte privilegirter Personen und Stände. Durch die Aufhebung ihrer Feudalrechte, Zunftgerechtsame, Steuerbefreiungen erleiden die Betroffenen schwere Vermögenseinbuße.

Ein Erdbeben bringt die Häuser einer Stadt dem Einsturz nahe. Die Polizeibehörde verbietet das fernere Bewohnen, ja selbst das Betreten der Gebäude. In der pflicht- und auftragsgemäßen Machtäußerung des Staatsorgans tritt den aus ihren Wohnungen Vertriebenen der rechte Wille des Staates selbst entgegen. Durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt sehen sie sich geschädigt.

Das Gericht stellt, ohne daß ein Schatten von Gesetzesverletzung oder Pflichtwidrigkeit auf sein Verfahren fällt, den Thatbestand eines Verbrechens fest und verurtheilt den Angeklagten zu vieljähriger Zuchthausstrafe. Nach langer Zeit wird die Unschuld des Verurtheilten offenbar. Man sagt, ihm sei *Unrecht* geschehen. Und doch ist die Ursache des furchtbaren Schadens, den der schuldlos Eingekerkerte an Leib, Ehre und Vermögen genommen, ein vom gesetzlichen Richter pflichtmäßig gefälltes Strafurtheil: *rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt.*

So können sich beim Thätigwerden aller Staatsfunktionen Vermögensbeschädigungen der Gewaltunterworfenen ereignen. Die Rechtsordnung befiehlt die Duldung des schadenstiftenden Eingriffs; will sie auch, daß der Betroffene zum Schmerz noch den Schaden tragen soll? Oder ist es ihr Wille, daß die Last des Gehorsams durch das *Recht auf Entschädigung* ausgeglichen werde?

Inwieweit ist dem durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt wirthschaftlich Benachtheiligten ein Anspruch auf Schadloshaltung gegeben?

Die Ueberschrift dieser Studien sagt mehr, als ihr Inhalt bringen will. Es schwebte nicht als Aufgabe vor, sämmtliche Normen zu ermitteln und darzustellen, durch welche das deutsche Reichs- und Landes-

Digitized by Google

recht Ersatzansprüche der hier in Rede stehenden Art gewährleistet. Solche Normen sind in massenhaften Spezialgesetzen zerstreut, deren Hauptkomplex man unter der Bezeichnung „Enteignungsrecht" zusammenzufassen pflegt.[1]) Alle diese Gesetze sind von dem gemeinsamen Gedanken getragen, daß der Einzelne die Aufopferung privater Vermögensvortheile zum gemeinen Besten nicht verweigern dürfe, dafür aber vom Staate selbst oder von dem, in dessen Interesse der Eingriff der Staatsgewalt geschehen ist, Vergütung beanspruchen kann. Es kann sich nicht darum handeln, auf die Kasuistik dieser Spezialgesetzgebung einzugehen und auch nicht darum, die reichhaltige Litteratur des Enteignungsrechts um einen weiteren Beitrag zu vermehren. Die Fragestellung der nachfolgenden Untersuchungen ist vielmehr die, ob außerhalb des Rahmens jener Einzelbestimmungen und abgesehen von ihnen ein allgemeiner Ersatzanspruch stattfindet aus Beschädigungen, die durch legale Handhabung der Staatsgewalt entstanden sind. Das Untersuchungsgebiet ist also der Raum, welchen die Spezialgesetze zwischen sich freigelassen haben.[2])

[1]) Vgl. die Uebersicht der deutschen Enteignungsgesetze z. B. bei G. Meyer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I S. 280 ff. Dazu kommen aber noch zahlreiche Reichs- und Landesgesetze auf den Gebieten des Landeskulturwesens, des Bergrechts, der Viehseuchenpolizei u. s. w., sowie die Gesetzgebung über Militärlasten. In allen diesen Gesetzen ist dem durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt Geschädigten ein Ersatzanspruch gegeben.

[2]) Zur Litteratur der Frage. Ihr nur wenig befriedigender Zustand veranlaßt schon Kierulff, Theorie des Gemeinen Civilrechts (1839) S. 61 Anm., bei Erörterung der Entschädigung wegen Privilegienwiderrufes zu dem ärgerlichen Ausruf: „Die Verwirrung, welche in diese Lehre eingerissen, kommt auf die Rechnung der juristischen Halbwisserei, welche hier ganz besonders ihrem willkürlichen Raisonniren über Humanität, Billigkeit u. dgl. mehr freien Lauf läßt". Ueber mangelnde Klarheit auf diesem Gebiete klagt aber auch noch Jellinek, System d. subj. öff. Rechte (1892) S. 322 Anm. 1, und noch neuestens meint Rosin, Polizeiverordnungsrecht (2. Aufl. 1895) § 24 Anm. 2, eine allgemeine Darstellung der Frage nach der Entschädigungspflicht des Staates u. s. w. bei Eingriffen in das Privateigenthum außerhalb der Enteignung sei „für Theorie und Praxis dringend zu wünschen".

Die im Text gestellte Frage ist bisher stets im Zusammenhange mit der Lehre von den erworbenen Rechten behandelt worden; so Christiansen, über erworb. Rechte (1856) S. 77 ff., Goeppert-Eck in Ihering's Dogm. Jahrbüchern XXII S. 154 ff., Georg Meyer, Der Staat und die erworbenen Rechte (1895) S. 17 ff., 41 ff., dazu die dogmengeschichtlichen Untersuchungen bei Gierke, Althusius S. 264 ff. und die allgemeinen rechtspolitischen Ausführungen im VII. Teile von L. v. Stein's Verwaltungslehre. Zu dem Besten, was über die vorliegende Frage geschrieben ist, gehört ferner ein Urtheil der Jenenser

Digitized by Google

Das hiermit gegebene Thema ist außer nach der angegebenen noch nach zwei Seiten hin scharf zu begrenzen.

Nur rechtmäßige Handhabung der öffentlichen Gewalt steht in Frage. Damit scheidet alles aus, was als Folge rechtswidriger Handlungen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts erscheint. Es handelt sich nicht um Verantwortlichkeitsverhältnisse,[3]) und scharf ist von der hier erörterten vor allem die Frage der Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten zu trennen.[4]) Und ferner: Eine Rechtsfolge von Akten der Staatsgewalt ist zu erforschen. Damit ist gegeben, daß das gesteckte Ziel ganz im Gebiete des öffentlichen Rechts liegt. Die Ersatzverbindlichkeiten des Staates als Fiskus, welche er mit jedem andern Subjekt des Privatrechts theilt — wie beispielsweise seine Haftpflicht als Fabrikant, als Eisenbahnunternehmer — bieten hier nichts spezifisch Interessantes.

Die so begrenzte Aufgabe versuchen die nachfolgenden Studien im Rahmen des Gemeinen deutschen Rechts (St. II) und des preußischen Rechts (St. III) zu lösen. Zunächst ist aber noch (St. I)

Juristenfakultät vom 14. Juli 1879, Seuffert's Archiv N. F. VII Nr. 224. Von publizistischen Schriften allgemeineren Inhalts gehen auf die Entschädigungsfrage ein: v. Sarwey, Das öff. Recht und die Verwaltungsrechtspflege S. 373 ff. 403 ff., Rosin, Pol.V.R. und Jellinek, System, an den bereits oben angef. Stellen. Aus dem Kreise der jetzt gangbaren Lehr- und Handbücher des Staats- und Privatrechts sind zu nennen: Georg Meyer, Staatsrecht S. 700, Loening, Verwaltungsrecht S. 18 Anm. 1, 254, 255, 785 Anm. 3, Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 192 ff., Dernburg, Preuß. Privatrecht I §§ 33 a. E. 217., Regelsberger, Pandekten I S. 124, 125.

Das Manuskript dieser Studien war bereits abgeschlossen, als der zweite Band von Otto Mayer's Deutschem Verwaltungsrecht erschien. In diesem Werke hat die Lehre von der „öffentlichrechtlichen Entschädigung" eine eingehende und höchst interessante Behandlung erfahren (§§ 53, 54, vgl. ferner S. 134 ff., 193). Ob indessen alle die Sätze, welche O. Mayer als „deutsches" Verwaltungsrecht darstellt, wirklich gemeingültiger Natur und für jedes deutsche Partikularrecht zutreffend sind, darüber wird man im Einzelfalle streiten können. Unter diesem Gesichtspunkte vermag wohl auch eine monographische Untersuchung des Gegenstandes, wie sie die nachfolgenden Studien, namentlich St. III, darzubieten versuchen, trotz O. Mayer's Publikation einen gewissen selbständigen Wert zu behaupten.

[3]) Darüber unten S. 26 ff.

[4]) Die Sonderung dieses Problems von dem hier vorgestellten hat mit Prägnanz vollzogen Loening, Die Haftung des Staates aus rechtswidr. Handlungen seiner Beamten (1879) S. 93 ff. Auf seine Ausführungen ist lediglich zu verweisen.

Digitized by Google

zu der vielfach aufgestellten Behauptung Stellung zu nehmen, daß, wenn auch nicht bei allen rechtmäßigen Eingriffen der Staatsgewalt, so doch mindestens bei der Beeinträchtigung „erworbener Rechte" der Anspruch des Geschädigten auf Ersatz aus dem Wesen des Vorgangs von selbst folge. Diese nichtpositivrechtliche Begründung des allgemeinen Ersatzanspruchs hängt, wie gezeigt werden wird, auf's engste zusammen mit einer bestimmten, man möchte sagen Parteiauffassung über das Verhältniß zwischen Staatsgewalt und Einzelrecht. Es ist die Auffassung des politischen Individualismus. Im Folgenden ist mit der obengedachten Begründung des Ersatzanspruchs zugleich die individualistische Staatstheorie einer Kritik unterzogen worden. Dabei war es nicht immer möglich, die dieser Arbeit vermöge ihres Themas gezogenen Schranken genau einzuhalten, wie es sich umgekehrt von selbst verbot, eine Lösung des Problems, welches die Ueberschrift der folgenden ersten Studie aufwirft, in allgemeinerem Umfange zu versuchen.

Erste Studie.

Staatsgewalt und Einzelrecht im Staate der Gegenwart.

Es ist vergeblich, aus dem Begriffe der Staatsgewalt selbst ihre Beschränkung beweisen zu wollen.
v. Sarwey, Das öffentliche Recht u. die Verwaltungsrechtspflege, S. 24.

1. Der allgemeinste Ersatzanspruch.

Die Forderung, daß der Staat in allen Fällen, in denen er durch rechtmäßige, das heißt durch das öffentliche Recht nicht verwehrte, Handhabung seiner Macht wirthschaftliche Nachtheile verursacht, ausnahmslos für Schadloshaltung der Betroffenen Sorge tragen soll, — diese Forderung hat, wenn man sie aus- und zu Ende denkt, von vornherein zwei gewichtige Gründe gegen sich.

Einmal ist dieser „allgemeinste" Ersatzanspruch praktisch gar nicht zu verwirklichen. Er ist undurchführbar. Man denke z. B. an die Vermögensbeeinträchtigungen, welche diese oder jene Gruppe von Produzenten oder Konsumenten durch Aenderungen in der wirthschaftlichen Gesetzgebung (Einführung oder Aufhebung von Zöllen, Modifikationen der Währung) oder durch Verwaltungsakte (Handelsverträge mit auswärtigen Staaten, Grenzsperren, tarifpolitische Maßnahmen) erleiden oder

Digitized by Google

zu erleiden behaupten. Wie wäre es möglich, solche Schäden, namentlich die indirekt bedingten, die „abgewälzten" Nachtheile auch nur festzustellen und zu berechnen? — Vielleicht war auch die Vermögensbeeinträchtigung Zweck und beabsichtigte Wirkung des Staatsaktes. Dann wäre eine Wiederausgleichung der eingetretenen wirthschaftlichen Differenzen nicht sowohl unausführbar, — sie wäre absurd.

Damit ist die zweite der gegen die vorgestellte Allgemeinheit des Ersatzanspruches a priori möglichen Gegendeduktionen berührt. — Ist nicht jeder Besteuerungsakt ein Griff in das Privatvermögen der Bürger kraft der dem Staate zustehenden Finanzhoheit? Sind nicht Gesetzgebungsakte denkbar, welche den Auswüchsen des privatkapitalistischen Systems, z. B. der übermäßigen Kapitalansammlung in einer Hand, entgegentreten wollen und sollen? (progressive Einkommens- und Vermögenssteuer, Beschränkung des Erbrechts). Wer würde in solchen und analogen Fällen staatlicher Wirthschaftsregulirung der Allgemeinheit zumuthen, das, was sie gerade nehmen will, wieder herzugeben,[5]) gewollte Wirkungen selbst wieder aufzuheben? — Noch selbstverständlicher ist die Negation des Ersatzanspruchs, wenn die Vermögensbeschädigung als Rechtsnachtheil, als Straffolge eintritt (Privilegienentziehung wegen Mißbrauchs, Konfiskation); — abgesehen von dem de lege ferenda ganz gesondert zu behandelnden Falle der Entschädigung unschuldig Verurtheilter.

Der erste Blick zeigt mithin die Vernunftgründe, welche sich gegen die Ausnahmslosigkeit eines hypothetischen Ersatzanspruches aus rechtmäßiger Handhabung der Staatsgewalt erheben. Der Ersatzanspruch als Regel muß der Natur der Sache nach, Ausnahmen haben. Es wird sich nun darum handeln, Regel wie Ausnahmen festzustellen.

Ein deutscher Gerichtshof[6]) hat einstmals als Rechtsgrundsatz proklamirt, Niemand könne gezwungen werden, zum öffentlichen Besten Etwas von dem Seinigen anders als gegen Vergütung abzutreten. Im vollen Wortsinne verstanden, kann dieser Grundsatz, der, so wie er formulirt ist, auch Aufopferungen mit umfaßt, deren Vergütung von vornherein ausgeschlossen ist, eben nur mit Ausnahmen gelten. Welches

[5]) Zur Begrenzung des allgemeinen Ersatzanspruchs vergl. vorläufig Christiansen, Erworbene Rechte, S. 78, Tezner in Grünhuts Zeitschr. XXI S. 240, v. Sarwey, Oeff. Recht, S. 373, Regelsberger, Pandekten I S. 125 Anm. 17. Neuestens O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II S. 354, 357 ff.

[6]) Jahrbücher des Oberhofgerichts zu Mannheim 1834 S. 363.

Digitized by Google

sind aber diese Ausnahmen? Und wie gestaltet sich danach die Tragweite der Regel?

Die vorausgesetzten Ausnahmen hat man nun vielfach auf „natürliche" Grenzen des Ersatzanspruchs zurückgeführt. Das heißt, man hat — ohne die positivrechtliche Gestaltung des Rechtsinstituts zu untersuchen — den Anspruch als Problem der allgemeinen Rechtslehre behandelt, mit dem Effekt, daß die gelieferten Begriffsbestimmungen an sich für jeden Staat und jedes Rechtsgebiet Geltung beanspruchen müßten.

Den hierher zu zählenden Konstruktionsversuchen und der Kritik ihrer Ergebnisse sind die nachfolgenden Abschnitte gewidmet.

---

2. Die Gewähr der erworbenen Rechte.

Nicht jeder Eingriff der Staatsgewalt in die Vermögenssphäre des Einzelnen soll zur Ausgleichung des dadurch bedingten Schadens verpflichten, sondern nur die mit wirthschaftlichem Nachtheil verbundene Entziehung oder Beeinträchtigung eines subjektiven Rechts soll jene Folge und Wirkung haben. Dies ist der Kern einer sehr umfangreichen Gruppe hierher gehöriger Deduktionen. Sie weichen im Einzelnen vielfach von einander ab, namentlich betreffs der Frage, ob jene anspruchserzeugende Kraft potentiell allen oder nur gewissen, privilegirten Rechten innewohne. Der leitende Gedanke bleibt aber immer der gleiche: die Entrückung eines bestimmten Theiles der Individualsphäre aus dem Machtbereiche der sonst als souverän vorgestellten Staatsgewalt. Nach dem von diesen Theorien vertheidigten Rechtsbegriff kann man ihre Postulate zusammenfassen in der Bezeichnung: die Gewähr der erworbenen Rechte.[7])

Seinem ehrwürdigen Alter entsprechend (vgl. die geschichtlichen Untersuchungen Gierke's) tritt dieses Prinzip, wonach das einmal erworbene Recht (oder doch sein Vermögenswerth) dem Erwerber wider seinen Willen nicht entzogen werden kann, in einem großen Theile der Litteratur zumeist im Gewande eines nicht weiter diskutablen Dogmas, einer selbstverständlichen Rechtswahrheit auf.

[7]) Im Allgemeinen: Christiansen a. a. O., Jellinek, System S. 320 ff., namentlich aber G. Meyer, Der Staat und die erworbenen Rechte, sowie Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I S. 30 ff. — Die Dogmengeschichte des „erworbenen Rechts" ist eingehend dargestellt bei Gierke, Genossenschaftsrecht III S. 609 ff. und besonders in desselben Verfassers Werk über Joh. Althusius S. 264 ff., 291 ff.

Digitized by Google

Hierfür sogleich einige Beispiele:

Nach Bluntschli[8]) brauchte die hier erörterte Frage des allgemeinen Ersatzanspruchs, soweit er an Eingriffe in erworbene Rechte geknüpft wird, eigentlich gar nicht aufgeworfen zu werden, denn die Antwort ist im Voraus gegeben. „Das Recht der Privatpersonen auf Entschädigung, insofern sie genötigt werden, ihre erworbenen Rechte (d. h. wirthschaftlich gesprochen: einen Bestandtheil ihres Vermögens) abzutreten . . . versteht sich zunächst von selbst. Es gründet sich nicht erst auf die Bestimmung und Normirung, es ist nicht das Produkt des Gesetzes." Hinzugefügt ist dann, daß freilich die „Willkür" des Gesetzgebers den Ersatzanspruch im Einzelfalle versagen könne, ohne daß der Richter solchem „ungerechten" Gesetze den Gehorsam verweigern dürfe. — Den gleichen Standpunkt, wie Bluntschli, vertritt Zachariae;[9]) ihm ergiebt sich der allgemeine Ersatzanspruch unmittelbar aus dem „der Staatsgemeinschaft zu Grunde liegenden Rechtsprinzip". Auch nach Rüttimann[10]) folgt der Anspruch „aus dem Begriffe des Rechts und seiner Stellung im Staate selbst". Und Klüber[11]) findet den Satz von der „Unverletzlichkeit" des erworbenen Rechts so selbstverständlich, daß er von der positiven Regelung, welche diese Materie im Allgemeinen Preußischen Landrecht (unten Studie III) gefunden hat, meint: wenn selbst alle einschlägigen Vorschriften im Gesetzbuche fehlten, „so müßten die Gerichte dennoch nach dem gedachten Obersatz, als durch das Vernunftrecht begründet, Recht sprechen".

Auch aus der Rechtsprechung der deutschen Gerichtshöfe lassen sich Beispiele für die Herleitung des allgemeinen Ersatzanspruchs aus den Grundsätzen eines — in hypothesi — vorausgesetzten „allgemeinen Staatsrechts" unschwer erbringen. So gründet das oben Anm. 6 bezeichnete Urteil des Oberhofgerichts zu Mannheim seinen Leitsatz auf die „Natur eines jeden Rechts". Der gleiche Leitsatz ist — unter Berufung auf „allgemeine staatsrechtliche Grundsätze" — aufgestellt

---

[8]) Allgem. Staatsrecht (6. Aufl.) S. 144. Allgem. Staatslehre (6. Aufl.) S. 287 ff.

[9]) Deutsches Staats- und Bundesrecht II § 151. Vgl. auch Schletter's Jahrb. IX S. 44, 45.

[10]) Nordamerikanisches Bundesstaatsrecht II S. 215. — Daß über die Entschädigungsfrage in der Schweiz der gleiche Streit herrscht wie in Deutschland, beweisen die von Rüttimann S. 217 angeführten Gutachten der Fakultäten von Zürich und Bern.

[11]) Die Selbständigkeit des Richteramts und die Unabhängigkeit seines Urtheils im Rechtsprechen (Frankfurt a./M. 1832) S. 161.

Digitized by Google

in Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Darmstadt[12]) und Wiesbaden.[13]) Aber auch das Reichsgericht steht nicht an, in einem Urtheile vom 29. Mai 1886[14]) für die Entschädigungspflicht des Staates aus Eingriffen in wohlerworbene Privatrechte „allgemeine staatsrechtliche Grundsätze" zur Entscheidungsnorm zu nehmen; — in beachtenswerthem Gegensatze zu seinem Urtheil vom 13. Januar 1883,[15]) welches in einem ähnlichen Zusammenhange von einem positiven Satze des gemeinen deutschen Rechts spricht. —

Was ist nun ein „erworbenes Recht"? Die Antwort hierauf vermöchte nur zu geben, wer die vielhundertjährige Dogmengeschichte des Begriffes erzählte;[16]) — denn unter einem erworbenen Recht (ius quaesitum) hat man sich zu verschiedenen Zeiten Verschiedenes vorgestellt. Wie aber auch der Inhalt dieser Vorstellungen beschaffen sein mochte, immer lag ihnen die Tendenz zu Grunde: den einer Person zustehenden Rechtsbestand oder doch einen qualitativ begrenzten Teil desselben gegen Eingriffe durch die Staatsgewalt zu versichern. Das, was garantirt werden soll, ist die aktuelle, nicht die potentielle Willensherrschaft des Individuums; nicht das abstrakte Recht, Eigenthum erwerben zu können, sondern das konkret erworbene Eigenthum, — kurz, weniger das Recht, als sein Objekt, das Gut.[17])

Diese Garantie des aktuellen Rechts soll nun nicht sowohl gegen dritte Privatpersonen gelten, sondern auch gegen die Gesammtheit als solche. Der Gedanke, welchen der römische Jurist in die Worte faßt: id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non

---

[12]) Seuffert, Archiv VII Nr. 184.

[13]) Seuffert X Nr. 166.

[14]) Entsch. in Civils. Bd. 16 S. 161.

[15]) Entsch. Bd. 12 S. 1 ff.

[16]) Darüber ist auf die Anm. 7 cit. Schriften Gierke's, was aber die neueste Dogmengeschichte und die endliche Ueberwindung des Begriffs anlangt, auf G. Meyer, Erworbene Rechte S. 7 ff. zu verweisen.

[17]) Unter diesem Gesichtspunkte stellt schon Bodin, Les six livres de la République l. I c. 8 (Ausg. Lyon 1579 p. 109) als prinzipielle Schranke der souveränen Fürstengewalt hin, nicht das droit, sondern das „bien d'antruy". Andere (z. B. Cocceji, Grotius illustr., addit. ad l. II c. 14 § 7) drücken das so aus: das ius quaerendum (= die potentielle Willensherrschaft) könne der Herrscher „pro lubitu" aufheben, das ius quaesitum aber nicht, oder doch nur gegen Entschädigung. Im 19. Jahrhundert übersetzt man dann ius quaerendum mit „Rechtshoffnung", s. die Beispiele bei G. Meyer a. a. O. S. 13 Anm. 2.

Digitized by Google

potest (l. 11 D. 50, 17),[18]) — das Postulat des Rechtsschutzes in diesem Sinne wird auch gegen den gerichtet, der das Recht und die Rechte geschaffen hat: den Staat. Der nach heutiger Auffassung hierin liegende Widerspruch ward nicht als solcher empfunden; lag doch den Theorien über den Schutz des erworbenen Rechts ausgesprochen oder unausgesprochen das naturrechtliche Axiom zu Grunde, daß das Recht „außer und über dem Staate" stehe (Gierke), daß das Recht keineswegs Staatsinstitut, vielmehr der Staat Rechtsinstitut sei.

Die Ueberwindung der naturrechtlichen Staatstheorie in unserm Jahrhundert hat zugleich auch die Lehre vom erworbenen Recht entwurzelt. Wohl hat man versucht, den Begriff in die Rechtsordnung des modernen Staates hinüberzuretten, — aber vergeblich; die Pflanze ließ sich von dem Boden, in dem sie erwachsen,[19]) nicht trennen. — Davon abgesehen erwies sich der Begriff des erworbenen Rechts auch in sich als unhaltbar. Schon Christiansen (1856)[20]) war zu der Erkenntniß gelangt, daß alle vermeintlichen Unterscheidungsmerkmale des „erworbenen" Rechts gegenüber anderen Rechten bei schärferem Zufassen in nichts zerfließen. Er hat das Urtheil der heutigen Wissenschaft vorbereitet: jedes Recht ist ein erworbenes.[21]) Folgt man nun den individualistischen Tendenzen, denen die Theorie des erworbenen Rechts dienen soll, so gelangt man zu der Forderung, daß nicht sowohl der Kreis der „erworbenen" Rechte unangetastet zu lassen sei, sondern daß überhaupt keines der einer Person zustehenden subjektiven Rechte gegen ihren Willen beeinträchtigt werden dürfe. Also ein absolutes Veto jedes Rechtsträgers gegen jeden Gesetzgebungsakt, durch den man sich tangirt fühlt! An diese Konsequenz der eigenen Ansicht dachten indessen wohl nur Wenige.[22]) Auch lag es bei der

---

[18]) Noch Zachariae, D. St. u. B. R. II S. 116 Anm. 1, will diesen Satz des römischen Privatrechts auf das Verhältniß der Staatsgewalt zum Einzelrecht anwenden!

[19]) Dieser Boden ist neben der abstrakt-individualistischen Gedankenwelt des Naturrechts die ebenso individualistische, vielmehr anarchische Wirklichkeit der politischen Verhältnisse in Deutschland vor dem Emporsteigen der Landeshoheit zur Staatsgewalt. Vgl. unten S. 16, 22.

[20]) a. a. O. S. 52.

[21]) So bes. G. Meyer a. a. O. S. 13 nebst den dort Citirten. Uebereinstimmend Loening, Verwaltungsrecht S. 18 Anm. 1.

[22]) Darunter jene schwäbischen Landtagsabgeordneten, welche nach der Erzählung v. Mohl's (Staatsr. d. Königr. Württemberg I (2. Aufl.) S. 72 Anm. 7) allen Ernstes die Ansicht aufstellten, „daß bei einer durch Gesetz zu

Digitized by Google

Gestaltung, welche die Lehre vom erworbenen Recht in Deutschland seit dem Eindringen des französischen Liberalismus (v. Treitschke, Deutsche Geschichte IV) annahm, durchaus nicht im Plane der Doktrin für jedes auf einen gültigen Rechtstitel wohlbegründete Recht den Satz Montesquieu's: il n'y a pas de droit contre le droit in Anspruch zu nehmen. Namentlich den Feudalrechten und anderen, gewiß „wohlerworbenen" Privilegien der Herren von gestern gegenüber war man vor wie nach 1848 mit den schützenden Garantien des erworbenen Rechts sehr sparsam.[23]) Dafür trat man mit dem vollen Rüstzeug der individualistischen Dogmatik für das Privateigenthum ein. Dieses Recht aller Rechte ist „dem Staate gegenüber selbständig"; es bietet seiner Gewalt „von vornherein" eine Schranke.[23a]) — Der Gedanke war, wie bekannt, nicht neu; er führt in seinem Ursprunge bis auf Locke[24]) und noch weiter zurück. In Deutschland entwickelt er aber erst seit Anbruch des neunzehnten Jahrhunderts — im unverkennbaren Zusammenhange mit den wirthschaftlichen Interessen der aufsteigenden bürgerlichen Erwerbsgesellschaft — eine mächtig werbende Kraft. In der Litteratur des Staatsrechts und der Politik wurden nun Sätze, wie „das Privateigenthum stammt nicht vom Staate, der Staat darf es daher auch nicht nehmen", — „jeder Eingriff der Staatsgewalt in das Privateigenthum ist ein Uebergriff in eine ihr fremde Sphäre", von R. Maurenbrecher, C. S. Zachariae, Held, mit besonderer Emphase aber von Bluntschli vertheidigt.[25]).

bewerkstelligenden Rechtsveränderung die Gültigkeit des Gesetzes immer erst nicht nur durch eine Entschädigung der Verletzten, sondern auch durch deren Zustimmung bedingt sei". — Selbstverständlich weist v. Mohl diese „muthige Konsequenz" zurück.

[23]) Vgl. z. B. Lassalle, System der erworb. Rechte I S. 181, 196 ff., 209. Bluntschli, Allg. Staatsr. I S. 142 ff. Fand man keinen andern Grund, solche der vergangenen Epoche entstammenden Dinge aus der Sphäre des „erworbenen Rechts" herausfallen zu lassen, so setzte man sich über dieselben (z. B. Jagdrecht, Frohnden, Dienstzwang) als über „moralische Schändlichkeiten" (Struve nach v. Savigny, System VIII S. 520), „schlechthin verwerfliche Institute" (Zachariae, D. St.- u. B.Recht II S. 117) einfach hinweg. — Nach diesem Rezept würde denn wohl auch eine sozialistische Umwälzung mit dem Privateigenthum selbst verfahren: „la propriété, c'est le vol." —

[23a]) In der Vornahme von Säkularisationen ließ man sich bekanntlich durch dergleichen Gedanken nicht stören.

[24]) Gierke, Althusius S. 115, 270.

[25]) Romeo Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen D. Stsr. (1837) § 181, C. S. Zachariae, Vierzig Bücher v. Staate (1839 ff.) IV S. 26, Held, System des Verfassungsr. (1856) S. 249 ff., Bluntschli, Allg. Staatsr. S. 144 ff., Allg. Staatslehre S. 287 ff.

Digitized by Google

Zur Begründung dieser individualistischen Eigenthumslehre beruft man sich mit Vorliebe auf den „bloßen Rechtsschutzzweck" des Staates.[26]) Gelegentlich ertönen auch Nachklänge der Theorie vom Gesellschaftsvertrage, die sich ja von jeher als mächtiges Hülfsmittel zur Begründung des Postulats einer der Gesammtheit nicht unterworfenen Individualsphäre erwiesen hatte.[27]) „Das Eigenthumsrecht hatte der Mensch schon im Stande der Natur" (C. S. Zachariae a. a. O.); er hat es sich beim „Eintritt in den Staatsverband" reservirt; es ist also, mit dem Ausdrucke des Gesellschaftsrechts gesprochen, kein Mitgliedschaftsrecht, (wie z. B. die sog. politischen Rechte) sondern ein ius singulorum, auf welches sich die Kompetenz der Gesellschaftsgewalt nicht erstreckt.[28])

---

3. Das Verhältniß des Einzelrechts zur Gesetzgebung.

An diesen „erworbenen" oder sonstwie benannten, qualifizirten Individualrechten soll nun, wie gesagt, die Staatsgewalt eine rechtliche Schranke finden. Der Staat, dessen Souveränetät im übrigen — namentlich in seinem Verhältniß zu den subjektiven öffentlichen Rechten[29]) — nicht weiter bestritten wird, darf jedenfalls die „erworbenen" Rechte, vorab das Privateigenthum, nicht verletzen. Thut er es — z. B. im Nothfalle — doch, dann haftet er auf Ersatz des Schadens.[30])

---

[26]) Gierke a. a. O. S. 303 ff. — Charakteristisch z. B. die Plattheit Fichte's: „Die Eigenthümer halten den Staat wie man einen Bedienten hält" (nach v. Lemayer in Grünhut's Ztschr. XXII S. 362).

[27]) Gierke a. a. O. S. 76 ff. bes. 114, 115.

[28]) C. S. Zachariae a. a. O. IV S. 26 u. Anm. 3. Die Gleichstellung der Begriffe ius singulorum — ius quaesitum besonders prägnant bei Westphal, Teutsches Staatsr. (1784) S. 75 ff., auf dessen Ausführungen noch unten bei Erörterung des preußischen Rechts zurückzukommen ist; vgl. unten Studie III Anm. 101, 107.

[29]) Vgl. wiederum C. S. Zachariae und Held an den angef. Stellen.

[30]) Vgl. die oben Anm. 25 Citirten. — Die im Text bezeichnete Schlußfolgerung aber auch noch bei Gierke, Genossenschaftstheorie S. 800: „Auch durch die Organe und in den Formen der Rechtssetzung kann eine Gemeinheit sich eines rechtswidrigen Eingriffs schuldig und demgemäß ersatzpflichtig machen: nur kann der Gesetzgeber infolge seiner formell schrankenlosen Macht über die Rechtsordnung dem Unterthanen niemals ein Unrecht zufügen, welches vor Gericht als solches gerügt und einem civilrechtlichen (?) Anspruch zu Grunde gelegt werden könnte."

Digitized by Google

Das ist von dem gegebenen Standpunkt aus ganz konsequent gedacht. Den Anhängern des Dogmas vom contrat social war der Eingriff in erworbene Rechte vertragswidrige Machtüberschreitung der Staatsgewalt, woraus sich logisch mühelos die Konstruktion des Ersatzanspruchs als „Kontraktsklage" ergab. Die Vertragstheorie wurde zwar im Laufe unseres Jahrhunderts[31]) überwunden. Aber die Vorstellung waltete fort, daß gewisse Kategorien von Rechten, das Privateigenthum immer voran, „nicht vom Staate stammen" (Bluntschli), daß sie seiner Gewalt rechtlich nicht zugänglich sind, daß er sich durch Eingriffe in diese Sphäre verantwortlich macht. Es ist der Ersatzanspruch als Deliktsobligation.

Allenthalben zeigt sich der untrennbare Zusammenhang der aprioristischen Konstruktion des Ersatzanspruchs mit den Gedankenkreisen des Naturrechts. Das hatte schon C. S. Zachariae klar erkannt. An seine (oben Anm. 28 bezeichneten) Deduktionen über die Selbständigkeit des Eigenthumsrechts gegenüber der Staatsgewalt knüpft er die Worte an: „Es ergiebt sich hieraus, wie wichtig die Frage ist, ob es ein Naturrecht gebe oder nicht. Verneint man diese Frage, haben also die Menschen alle ihre Rechte vom Staate, so haben alle ihre Rechte nur eine politische Gewährleistung für sich."

Nun, das Gedankengebäude des Naturrechts ist, seit Zachariae diesen Satz schrieb, rettungslos zusammengestürzt.[32]) Die heutige Rechtslehre kennt keine vor- oder außerstaatlichen Einzelrechte mehr. Auch das Privateigenthum ist uns — Staatswille.

Erschöpft sich gleich im Staate nicht das gesammte menschliche Gemeinleben, so geht doch diejenige Sphäre desselben, welcher allein die rechtliche Betrachtung gilt, — es geht die Sphäre des sozialen Zwanges restlos im Staate auf. Der Staat ist das Gemeinleben als Zwangsorganisation.[33]) Alle Befehlsgewalt ist des Staates, also auch die Macht, Recht zu setzen. Denn die Bedingungen, unter denen der Einzelne der Zwangsgewalt des Gemeinwillens unterworfen ist, die Formen, in denen diese Zwangsgewalt sich äußert, — in Allem die Schranke, welche der Gemeinwille sich selbst setzt, die nennen wir

---

[31]) Gierke, Althusius S. 122.

[32]) Im Allgemeinen: Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie Bd. I (1892).

[33]) Für die hier und im Folgenden gegebenen Ausführungen waren vor allem die Anschauungen v. Ihering's, Zweck im Recht I S. 241 ff., 299 ff., 307 ff. von leitender Bedeutung.

Digitized by Google

Recht. Oder, in schärferer Hervorhebung der Eigenschaft als staatliches Willensprodukt: Gesetz.

Sich nun den rechtsetzenden Willen selbst wiederum rechtlich gebunden zu denken, das ist offenbar eine unvollziehbare Vorstellung. Durch mancherlei Determinanten höherer und niederer Art, — unter ersteren auch durch den ethischen Gerechtigkeitsmaßstab, die Rechtsidee, — ist die gesetzgebende Gewalt bestimmt, nie aber durch Rechtssätze.[34]) Der Staat ist — rechtlich — allmächtig. Was manche Verfassungsurkunden vom Monarchen sagen, das gilt in Wahrheit vom Staate: er kann nicht Unrecht thun.

Diesem Folgesatze entrinnt man nicht dadurch, daß man die Gewalt des Staates über das Recht als eine nur „formelle" bezeichnet.[35]) Dabei wird meist der Gedanke in Reserve behalten, daß die „materielle" Vollgewalt nur dann vorhanden sei, wenn die Rechtsidee — die Aelteren nannten das: Naturrecht — dem Gesetze zur Seite steht. Die „Rechtsidee" ist aber keine Rechtsschranke der Staatsgewalt. Vom ethischen Standpunkt aus betrachtet wird man die Staatsgewalt gewiß nicht für omnipotent erklären; auch andere Schranken nichtrechtlicher (z. B. wirthschaftlicher) Natur sind der Staatsgewalt gesetzt. Rechtsschranken aber, — Schranken, die ihr eine rechtlich übergeordnete Gewalt zieht, — kennt die Staatsgewalt nicht. —

Die gesammte, im Staatsgebiete aufgerichtete soziale Zwangsorganisation wird von der Staatsgewalt getragen; das Recht[36]) ist

---

[34]) Die abweichende Meinung Jellinek's, Gesetz und Verordnung S. 261 ff. ist mir wohl bekannt. Eine prinzipielle Auseinandersetzung mit seinen Ausführungen ist an dieser Stelle ganz unmöglich. Doch sind letztere wohl auch nicht im Sinne einer Abschwächung des Souveränetätsgedankens (so: Preuß, Gemeinde, Staat, Reich u. s. w. S. 100 ff., dagegen wiederum Jellinek, System S. 73 Anm. 279 Anm. 1) zu verstehen. Verfassungsrechtssätze und Staatenverträge schmälern jedenfalls die Souveränetät des Staates um keines Haares Breite; erstere können aufgehoben, letztere aufgekündigt werden. — Und keinesfalls würden aus der Möglichkeit einer „rechtlichen Bindung" der gesetzgebenden Gewalt die Einzelnen Rechte und Ansprüche gegen die Gesetzgebung herleiten können; gerade Jellinek ist es, der die Behauptung solcher Ansprüche für eine „die bisherige staatsrechtliche Theorie umstoßende These" erklärt (System S. 76 Anm.).

[35]) So z. B. Gierke, Althusius S. 319.

[36]) — einschließlich der auf delegirter oder autonomer Satzungsgewalt beruhenden Normen. (Wegen des Kirchenrechts vgl. Jellinek, System S. 261 ff.) Aber auch das Dasein des Gewohnheitsrechts kann den Ausführungen des Textes nicht entgegengehalten werden. Schon die Glossatoren konstruirten das

Digitized by Google

Staatswille. Staatswille sind auch die Vorschriften über den Erwerb von Rechten. Daß wir überhaupt Rechte erwerben können, daß insonderheit der Schwache gegen den Starken Solches vermag, das danken wir dem Staate. Also soll man nicht sagen, daß es erworbene Rechte „außer dem Staate" gebe. Das hatte schon Thomas Hobbes[36a]) erkannt, als er die Worte sprach: „Vor Annahme der staatlichen Unterwerfung hat Niemand ein Eigenthum, sondern Alles ist Allen gemein:[37]) deshalb kommt alles Eigenthum nur von dem Staate". Dem ist heute hinzuzufügen: wie das Recht Staatsordnung ist, so sind die Rechte Staatsinstitute. Sie sind soziale Einrichtungen. Vorab gilt dies vom Privateigenthum. Auch das Privateigenthum findet Zweck und Schranke seines Daseins in der Bedeutung, die ihm die Gesammtheit als Mittel zur Erreichung der Gemeinzwecke beimißt. In der Anerkennung, in dem Schutze des Eigenthums liegt ein Urtheil über die soziale Brauchbarkeit dieser Art egoistischer Willensbethätigung; wer kann sagen, ob dieses Werthurtheil ewig unverändert feststehen wird? Das Privateigenthum hat in der That nur jene „politischen" Garantien für sich, die Zachariae (oben S. 13) so fragwürdig scheinen. Von dem, was dieser Schriftsteller, was Bluntschli u. s. w. bezüglich des Eigenthums sagen, gilt gerade das Gegentheil. Nicht das Eigenthum ist Schranke des Staatswillens, vielmehr der letztere Schranke des Eigenthums. Auch hier zeigt es sich, daß die Staatsgewalt in Wahrheit die Herrin aller Rechte ist.[38])

Gewohnheitsrecht als „statutum tacitum" (Gierke, Genoss.R. III S. 216). Sagen wir heute: stillschweigend erklärter Staatswille, so liegt hierin mehr als eine bloße Fiktion. Denn Recht — Zwangsnorm — wird die Gewohnheit (z. B. der Handelsgebrauch) nur durch die staatliche Anerkennung (H.G.B. Art. 1); durch die Thatsache, daß die Staatsgewalt „dahinter steht". In einem staatlosen Gemeinleben können sich wohl Gewohnheiten bilden, nur im Staate aber kann Gewohnheitsrecht wachsen. Die Feststellung des Inhalts der ungeschriebenen Norm erfolgt selbstthätig durch die „Volksüberzeugung", die „Verkehrssitte" oder wie sonst man diese sozialen Faktoren benannt hat; was „Recht" daran ist, das Moment des Zwanges, das entstammt allein der Staatsgewalt. Auch das Gewohnheitsrecht ist Staatswille.

Ein näheres Eingehen auf diese und verwandte Gedankengänge würde die Grenze der vorliegenden Untersuchung weit überschreiten. (Vgl. das am Schlusse der Einleitung Gesagte.)

[36a]) De cive XII § 7. (Deutsch von v. Kirchmann.)

[37]) Richtiger: in der Anarchie (dem staatlosen Gemeinleben) gehört Alles dem Stärksten.

[38]) In einem verwandten Zusammenhange sagt Jellinek, System S. 279, daß mit der Anerkennung der Staatssouveränetät keineswegs staatlicher Will-

Digitized by Google

Private und öffentliche Rechte der Einzelnen stehen sich darin völlig gleich. Die subjektiven öffentlichen Rechte — z. B. das Wahlrecht — sind der Staatsgewalt gegenüber an sich gewiß nicht prekärer gestellt wie das Privateigenthum. Beide Kategorien von Befugnissen „folgen der Rechtsordnung wie ihr Schatten"; [39]) auf kein subjektives Recht aber kann man sich der rechtssetzenden Staatsgewalt gegenüber berufen. Das wäre eine petitio principii, da doch jedes Recht eben nur so lange Bestand hat, als und insoweit es von dem rechterzeugenden Willen getragen wird.

Es ist demnach eine irreleitende Terminologie, welche von „Eingriffen der Gesetzgebung in erworbene Rechte" redet. Das erweckt die Vorstellung eines Uebergriffs, einer unerlaubten Machtanmaßung über fremdes Gebiet, dessen Herr dem Anmaßer rechtlich gleichgeordnet ist. Diese Vorstellung entsprach vollkommen dem Gemeinleben des vorstaatlichen Deutschlands, [40]) jenem „Nebeneinander von wohlerworbenen Rechten", aus dem dann die Landeshoheit zur Staatsgewalt emporwuchs. Heute aber ist ein „Eingriff" der Gesetzgebung in die Rechte der Einzelnen kein solcher mehr im Rechtssinne, — welche wirthschaftlichen Folgen es für den Betroffenen auch zeitigen mag.

So ist denn das Verhältniß der gesetzgebenden Gewalt zum Einzelrecht als solches schlechthin ungeeignet, um irgend welchen Rechtsanspruch des Gewaltunterworfenen, insbesondere — und damit ist der Zielpunkt der vorstehenden Betrachtungen erreicht — einen Anspruch auf Ersatz für das durch die Gesetzgebung entzogene Recht, herzu-

---

kür das Wort geredet sei. Dem ist vollkommen beizutreten. Nach welchen Maximen der Staat seine Herrschermacht gebrauchen soll, dies ist kein juristisches Problem. — Im übrigen wissen wir heute, daß die Interessen und Forderungen der Individuation besser geschützt werden können, als durch die Verkündigung unfaßbarer „Rechtsschranken der Staatsgewalt" — nämlich durch Betheiligung der Beherrschten an der Bildung des Staatswillens. Indem der konstitutionelle Staat der Gegenwart diesen Gedanken erkannte und organisch durchführte, hat er nicht sowohl dem Individualismus einen Tribut gezollt, als den Staatsgedanken gestärkt. Der Staat von heute erfreut sich unbestritten der „Generalvollmacht", welche das Naturrecht dem absoluten Fürstenstaate — vergeblich — zu beschränken suchte.

[39]) v. Stengel im Verwaltungsarchiv Bd. III S. 192 ff., 199. Freilich brach sich der Gedanke der Relativität und Variabilität aller Rechte auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts viel früher Bahn als auf dem des Privatrechts; oben Anm. 23 und Gierke, Althusius S. 295, 296.

[40]) Vgl. die vorzügliche Schilderung Otto Mayer's, Verwaltungsrecht I S. 23 ff.

Digitized by Google

leiten. Jenes Verhältniß bietet nichts dar, als ein Bild vorbehaltloser Unterwerfung. Aus dem „Recht und seiner Stellung im Staate" folgt im Falle des „Eingriffs" nicht, wie die oben Anm. 8—14 Citirten meinen, ein Anspruch auf Ausgleichung des Schadens, sondern nur die Negation jedes Rechtsanspruchs.

---

4. Eingriff und Ersatzanspruch bei Verwaltungsakten.

Eine verbreitete Ansicht gesteht zwar der Gesetzgebung die vorstehend dargelegte Verfügungsgewalt über alle Rechte, einschließlich der „erworbenen", mit größerem oder geringerem Vorbehalt zu, betont dafür aber um so schärfer die qualifizirte Stellung des erworbenen Rechts gegenüber Akten der Staatsverwaltung. Diese Unterscheidung kommt dann in der Frage des Ersatzanspruchs zu klarem Ausdruck: bei Eingriffen der Legislative keine Entschädigung (außer, selbstverständlich, wenn das Gesetz solche ausdrücklich zubilligt), bei Eingriffen der Exekutive stets.

So sagt man, und redet auch hier die Sprache überwundener Rechtsanschauungen.

Obiger Gedanke findet sich schon bei Schriftstellern der vorkonstitutionellen Zeit. Freilich war der Grundsatz der Gewaltentheilung im Staate noch nicht zu organisatorischem Ausdrucke gelangt; so trennte man denn unter den Anordnungen des Landesherrn Rechtsetzung und Rechtausübung, Gesetz und Vollziehung nach dem Gesichtspunkte der vorhandenen oder mangelnden Allgemeinheit des Akts. Nur die allgemeine Norm gilt als Gesetz; nur sie darf Recht setzen und „brechen". Das Individualgebot darf dies nicht,[40a]) oder doch nur im Nothfalle und gegen Entschädigung.[41])

Schon Pütter macht von seinem sonst sehr allgemein gehaltenen Postulat der Entschädigungspflicht[42]) bei Eingriffen in erworbene Rechte eine Ausnahme zu Gunsten allgemeiner gesetzgeberischer Aktionen, vermöge deren „in der allgemeinen Landesverfassung solche Ver-

---

[40a]) Verbot der „Machtsprüche" in diesem Sinne des Wortes. Vgl. Stoelzel, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung II S. 15. Die geschichtliche Entwickelung dieses Gedankens führt bis ins Mittelalter (Bartolus) zurück; unten S. 40 u. Anm. 43.

[41]) Vgl. Preuß. A. L. R. Einleitung § 70 (Privilegienwiderruf) und unten S. 67 ff.

[42]) Institut. iuris publici § 119.

Digitized by Google

änderungen vorgehen, wodurch einzelne Gerechtsame von selbsten unnütz oder abgeändert werden".[43])

Goenner[44]) meint, nicht gegen allgemeine Normen (Gesetze), sondern nur gegen einzelne Befehle, die das eine oder andere Individuum treffen, könnten beteiligte Individuen ein ius quaesitum behaupten. Stahl[45]) formirt in ziemlich willkürlicher, hier nicht weiter zu erörternder Weise einen Kreis „exemter Rechte". Es fällt unter diesen Begriff z. B. die auf besonderem Rechtstitel beruhende Steuerbefreiung.[46]) Für die Beachtung derselben durch die Finanzbehörde haftet der Staat „aus einem Kontrakt" (a. a. O. S. 626). Der Gesetzgebung gegenüber aber „giebt es schlechterdings kein exemtes Recht der Unterthanen" (S. 629).

Daß die erworbenen Rechte im herkömmlichen Sinne des Wortes „eine unbedingte Schranke für die Staatsgewalt in ihrer verwaltenden Thätigkeit bilden", während die Gesetzgebung hierin im Allgemeinen freie Hand hat, daran hält auch v. Gerber[47]) fest. Besonders eingehend behandelt aber B. W. Pfeiffer[48]) diese Auffassung, welche er dahin formuliert: für die Entziehung solcher Rechte, in Ansehung deren durch ein allgemeines Gesetz der Titel ihrer Zuständigkeit gemißbilligt oder aufgehoben ist, können einzelne Staatsbürger, welche hierunter leiden, eine Schadloshaltung von dem Staate nicht verlangen. Wohl aber soll dem Betroffenen ein Ersatzanspruch zustehen bei Eingriffen durch „Ausübung der Staatsgewalt", vermöge deren ein Staatsbürger „zu einem verhältnißmäßig größeren Opfer als seine Mitbürger genöthigt worden ist" (a. a. O. S. 245).[49]) Solches sei begründet

---

[43]) Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrecht I (1777) S. 360. Ueber noch frühere Vertreter dieses Gedankens s. unten S. 40 ff., 45, 49.

[44]) Teutsches Staatsrecht (1804) § 229.

[45]) Philosophie des Rechts (3. Aufl.) II² S. 618 ff. 629.

[46]) Wie sie z. B. das Preuß. A. L.R. II 14 § 79 definiert (dazu v. Schulze-Gaevernitz, Preuß. Staatsr. II S. 144 ff.). Die Lehre Stahl's scheint aus dergleichen positiven Eigenthümlichkeiten der damaligen Preußischen Gesetzgebung abstrahiert zu sein. Ganz unerfindlich ist die Behauptung, daß das Steuerprivileg einen stärkeren Rechtsschutz genieße als das Recht eines Jeden, nicht mehr als die gesetzliche Steuer zu zahlen.

[47]) Grundzüge des Deutschen Staatsrechts (3. Aufl. 1880) S. 40. Hierzu und zu dem Folgenden vgl. G. Meyer, Erworbene Rechte S. 9 ff. (nebst Citaten).

[48]) Prakt. Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft I S. 213 ff.

[49]) Der Theorie Pfeiffer's entsprach die gleichzeitige Praxis des O.App.Ger. zu Cassel. Vgl. aber auch die Urtheile anderer Obergerichte, z. B. Seuffert Arch. I Nr. 14 (Mannheim), Blätter f. Rechtsanw. XI S. 328 (München).

Digitized by Google

in den „aus der rechtlichen Existenz des Staates unmittelbar geschöpften Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts".

Auch in der neuesten Abhandlung über den Gegenstand, der Schrift G. Meyer's, „Der Staat und die erworbenen Rechte",[50]) ist ausgeführt, daß die Verwaltung dem Einzelnen ein Vermögensrecht nur dann entziehen könne, wenn sie ihm dafür vollen Ersatz gewährt. Doch ergiebt sich aus dem Zusammenhange, daß hiermit nicht ein Axiom des „allgemeinen" Staatsrechts, sondern der durchschnittliche Standpunkt der positiven (deutschen) Gesetzgebung hat bezeichnet werden sollen.

Betrachtet man die vorstehend angeführten Litteraturzeugnisse genauer, so erscheint die allgemeine Forderung der Ersatzpflicht bei administrativen Eingriffen vornehmlich durch zwei — oft sich kreuzende — Gedankenreihen getragen. Die eine erblickt in dem Verwaltungsakt mehr das Individuelle, Singuläre, die andere aber bewerthet die Verwaltung im Gegensatze zur Gesetzgebung als eine untergeordnete Staatsfunktion, der gegenüber das erworbene Recht jedenfalls zu garantiren sei.

Durch das Individualgebot erscheint der Betroffene „unverhältnißmäßig" (nämlich im Vergleich mit der übrigen Gesammtheit der Staatsbürger) belastet. Er ist zu einer „besondern" Aufopferung gezwungen worden, also soll ihm eine entsprechende Rückvergütung zu Theil werden. — Daß Billigkeitserwägungen, so plausibel sie an sich klingen, weder einen Rechtssatz noch einen Rechtsanspruch erzeugen können, darüber wird heute Einverständniß herrschen.[51]) Es ist also weiterhin zu untersuchen, worin denn der von Pfeiffer u. A. behauptete spezifische Unterschied zwischen legislativen und administrativen Eingriffen eigentlich beruht; — ein Unterschied, der so eigen geartet sein soll, daß auf ihn allein die Verneinung und Bejahung des Ersatzanspruchs sich gründet. Da zeigt es sich nun, daß die sonst über-

[50]) S. 15 ff., 18, 20.

[51]) Gegen die Vermengung des politischen mit dem rechtlichen Gesichtspunkt in dieser Frage bereits Kierulff in seiner oben Anm. 2 angeführten Bemerkung. Mit vollem Recht protestirt Kierulff (a. a. O. S. 60) weiter dagegen, daß der Billigkeitsstandpunkt immer nur zu Gunsten des Ersatzanspruchs hervorgehoben werde. „Allen Gründen, welche für die Ansicht, daß Privilegien nicht ohne Entschädigung aufgehoben werden sollen, geltend gemacht werden, steht das gewichtige Moment gegenüber, daß jedes Privileg eine Bevorzugung Einzelner vor allen übrigen Unterthanen, für diese also eine Beschränkung enthält."

Digitized by Google

wundene naturrechtliche Staatskonstruktion auch hier wieder zu falschen Schlüssen führt. Der Leitsatz Pfeiffer's (s. oben) soll sich nach seinen Ausführungen (a. a. O. S. 242) „leicht aus dem Wesen des Staates" deduziren. Dieses „Wesen" wird dann bezeichnet als die Vereinigung der Kraft Aller zum Schutze der Rechte jedes Einzelnen. — Sozietätsgedanke und Sicherungszweck, die beiden Hauptrequisite der individualistischen Staatslehre; sie gelten dem Interpreten des positiven Rechts als so unumstößliche Rechtswahrheiten, daß man darauf unmittelbar Gerichtsurtheile bauen kann!

Giebt man die beiden Prämissen zu, so ist die Deduktion freilich „leicht": das Gesetz normirt nur die allen Bürgern gleichmäßig obliegenden Pflichten, die zu befolgen niemals eine Aufopferung abstrakter Freiheit enthält; — der Individualeingriff aber (nur an individuelle Verwaltungsakte wird gedacht) enthält demgegenüber eine Prägravation des Einzelnen, eine singuläre Belastung, zu deren Tragung der Betroffene nicht schon „sozialkontraktlich" verpflichtet ist. Danach fallen die Opfer, welche der Unterthan nach Maßgabe der allgemeinen Steuer-, Militär- und anderer Gesetze der Gesammtheit bringt, unter den Gesichtspunkt der allgemeinen Bürgerpflicht, während für Vermögensbeschädigungen durch Polizeimaßregeln (oben S. 2) oder militärische Operationen (Kriegsschäden) der Betroffene besondere Vergütung beanspruchen kann.[52])

Die Fiktion des Gesellschaftsvertrages kann heute ein anderes als ein historisches Interesse nicht mehr beanspruchen; ihre Bekämpfung hieße offene Thüren einrennen. Aber, mag man sich immerhin den Staat als Vertragsverhältniß Aller mit Allen vorstellen: jedenfalls ist doch in diesem Vertrage die Pflicht eines jeden verzeichnet, den Gesetzen zu gehorchen. In der Begrenzung dieser Gehorsamspflicht ist —

---

[52]) In diesem Sinne stellt Laband (Staatsr., 2. Aufl., II S. 763) Wehrpflicht und Militärlasten in ihren vermögensbeeinträchtigenden Wirkungen einander gegenüber. Die Militärlasten, z. B. die Grundeigenthumsbeschränkungen in der Umgebung von Festungen, „legen einzelnen Personen nach zufälligen Umständen Vermögenseinbußen auf", und so soll es denn aus der „Natur der Sache" folgen, daß der Betroffene einen Anspruch auf Schadloshaltung erwirbt. Als legislativ-politische Betrachtung ist dies gewiß zutreffend, als Aussage de lege lata dagegen nicht ohne weiteres richtig. — Wegen der Rayonbeschränkungen wurde z. B. in Preußen vor dem Reichsgesetz vom 21. Dezember 1871 Entschädigung nicht gewährt: O.Trib. Entsch. Bd. 50 S. 101 ff. — Der Ersatzanspruch aus Tragung der Militärlasten folgt nicht aus der „Natur der Sache", sondern aus dem positiven Willen der Reichsgesetze; vgl. Laband a. a. O. S. 768 ff.

Digitized by Google

wie dies auch die hier besprochenen Deduktionen zugeben — das Gesetz souverän. Ist es aber souverän, so kann es auch die Verwaltungsbehörden ermächtigen, „Eingriffe" in Freiheit, Eigenthum und alle erworbenen Rechte mit derselben Wirkung vorzunehmen wie der Gesetzgeber selbst. Von anderen als gesetzmäßigen Verwaltungsakten ist aber hier nirgends die Rede. Was der gesetzmäßige Verwaltungsakt anordnet, ist des Gesetzes Wille. Die von der zuständigen Polizeibehörde erlassene Verfügung, welche z. B. die Niederreißung eines baufälligen Hauses befiehlt, ist ebenso eine Gesetzesanwendung auf den konkreten Fall wie der Vollzug des Steuergesetzes durch die Veranlagung, des Militärgesetzes durch Aushebung zum Heeresdienst. In beiden Kategorien von Fällen „Determinirung bestehender Gehorsamspflicht" (Jellinek, System S. 323); Innehaltung der „kontraktlichen", wir sagen: der gesetzlichen Schranken hier wie dort.

Aber freilich — und damit entrollt sich die zweite der oben (S. 19) angedeuteten Gedankenreihen: die ältere Theorie vermochte sich offenbar noch nicht zu der Erkenntniß aufzuschwingen, daß auch die von dem zuständigen Verwaltungsorgan erlassenen Anordnungen den Willen des Staates repräsentiren;[53]) daß sie diese Eigenschaft besitzen, weil sie eben nichts als den Gesetzeswillen im Einzelfalle zum Ausdrucke bringen, daß also die Individualrechte dem gesetzmäßigen Verwaltungsakt ebensowenig eine Rechtsschranke bieten wie dem Gesetze selbst.

Anders jene ältere Lehre. Die individuelle Vermögenssphäre, das „Eigenthum" i. w. S. erscheint, wie es von extremen Ansichten (oben S. 11 ff.) als Schranke sogar der Gesetzgebung hingestellt wird, hier jedenfalls als im Voraus gegebene Schranke der Verwaltung. Allen öffentlichrechtlichen Attributionen ist die Klausel: Unantastbarkeit des Eigenthums hinzuzudenken. Mag immerhin die Polizei so befugt als verpflichtet sein, alle Anordnungen zu treffen, die ihr im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nothwendig erscheinen; sobald sie aber in Ausübung dieser Gewalt ein Haus sperrt oder einreißt, begeht sie einen „Eingriff", denn bis zur Beschränkung des Eigenthums reicht ihre Vollmacht nicht.[54]) Der Militärbefehlshaber, welcher im Kriege die Vorstadt einer Festung niederbrennen läßt, damit der Feind

[53]) So besonders scharf Loening, Haftung d. Staats S. 93, 94.

[54]) Diese Ansicht, welche sich in der (früheren) preußischen Gerichtspraxis vielfach geltend machte, wird eingehend widerlegt von Rosin, Polizeiverordnungsrecht (2. Aufl.), § 23 II.

Digitized by Google

sich nicht dort festsetze, — er handelt nach seiner Pflicht, aber doch begeht der Staat durch seinen Feldherrn hier wiederum ein „Unrecht". Der Einbruch in das geheiligte Privateigenthum muß in beiden Fällen durch Vergütung des Schadens gesühnt werden.

Frühzeitig schon regte sich das Bedürfniß, für solche Fälle der Kollision öffentlicher und privater Interessen eine dogmatische Formel zu finden, ohne jedoch die herkömmliche Lehre vom ius quaesitum, von dem Einzelinteresse als Rechtsschranke der Staatsgewalt prinzipiell aufzugeben. Den Ausweg fand zuerst H. Grotius durch Entwickelung der Lehre vom dominium oder ius eminens, vom „Staatsnothrecht", kraft dessen die öffentliche Gewalt diejenigen Einzelrechte, welche grundsätzlich eine Schranke ihrer Thätigkeit bilden, dann doch durchbrechen darf, wenn es das Staatswohl dringend erheischt.[55])

Mit Recht hat man gesagt, das ius eminens bilde den Abschluß des Gedankensystemes der erworbenen Rechte.[56]) In der That ist das Staatsnothrecht ein zu der Heiligsprechung jener Rechte nothwendig korrelatives Postulat. Die Entstehung und Ausbildung des Begriffes fällt in das 17. Jahrhundert, die Zeit, in der sich die deutsche Landeshoheit zur Staatsgewalt vollendete; in den Forderungen der iura quaesita und des ius eminens kämpft der moderne Staatsgedanke gegen den Individualismus der ständischen Gesellschaftsordnung. Dies ist eigentlich alles, was sich über das Recht des werdenden Territorialstaats sagen läßt: die Staatsgewalt „darf" im gewöhnlichen Verlauf der Dinge (wegen der allenthalben entgegenstehenden „erworbenen Rechte") nichts, — im „Nothfalle" alles. Der Theorie nach ist und bleibt die Landeshoheit nur ein Recht unter Rechten; in Wirklichkeit aber gestaltet sich die Lage so, daß der Landesherr in dem (von ihm als solchen beurtheilten) Nothfalle jedes Recht brechen darf — kraft des ius eminens.

Offenbar ist dies fragwürdige Institut im System des heutigen öffentlichen Rechts so wenig mehr daseinsberechtigt als die iura quaesita, deren staatsfeindlichen Wirkungen es vorbeugen sollte.[57])

[55]) Die Dogmengeschichte des ius eminens bei Gierke, Althusius S. 295 ff., G. Meyer, Recht der Expropriation S. 119 ff., 125 ff., L. v. Stein, Verwaltungslehre VII S. 164 ff.

[56]) O. Mayer, Verwaltungsrecht I S. 32, 33.

[57]) Vgl. auch Laband, Staatsr. I S. 692. — Gleichwohl treibt das „Staatsnothrecht" auch in der neueren Litteratur noch immer sein unklares Wesen; vgl. die Lehrbücher bzw. Systeme des Staatsrechts von Zoepfl, Zachariae, ferner v. Stein, a. a. O. S. 342 ff., Bischof, das Nothrecht der Staatsgewalt

Digitized by Google

Nach dem Dogma des ius eminens erscheint nahezu die gesammte hoheitliche Staatsthätigkeit, soweit sie in Einzelwirthschaft und Privateigenthum „eingreift", als Nothstandshandlung, — als eine Art fortgesetztes Verbrechen, welches nur durch dringende Zwangslagen entschuldigt werden kann.[58])

Das sind staatsrechtliche „Werthe von gestern". Daß der Gesetzgeber heute nicht mehr der dogmatischen Stütze des Staatsnothrechts bedarf, um anzuordnen, was ihm gut scheint, folgt aus dem oben (S. 13ff.) Gesagten. Aller Staatswille aber, der nicht unmittelbar vom Träger der gesetzgebenden Gewalt selbst ausgeht, ist ebensowenig „naturrechtlich" und ebensosehr positivrechtlich begrenzt und bestimmt, wie die Willensherrschaft, das Dürfen des Einzelnen. Die Thätigkeit aller Staatsorgane, also die Verwaltung im weitesten Sinne, findet ihre Vollmacht gegenüber den Gewaltunterworfenen nicht mehr in der naturrechtlichen Willkürformel des ius eminens, sondern in einer positiven Ordnung des Verwaltungsrechts. Dies ist das Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung.[59]) Verbunden mit der andern Erkenntniß, daß der Staat als Gesetzgeber Herr alles Rechts und Zwanges ist, ergiebt es den Satz, der im Staate der Gegenwart das Verhältniß der Staatsgewalt zur Individuation feststellt: Zwang kann nur ausgeübt werden durch ein Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes.

(1860); Reichsgerichtsentsch. v. 29. Juni 1886, E. in Civils. 16 S. 161. Auch Georg Meyer, Lehrb. d. Deutschen Staatsr. (4. Aufl. 1895) S. 23 gönnt dem „Recht der Staatsgewalt, in dringenden Nothfällen die gesetzlichen Schranken zu durchbrechen" noch einen Platz im System, qualifizirt aber die Hierherbeziehung des Ausdrucks „Recht" sogleich als nicht korrekt, „da die betr. Handlungen nicht Ausfluß eines Rechts sind, sondern dem bestehenden Rechte entgegen vorgenommen werden". Durchaus richtig: das ius eminens ist nach seiner Begründung kein Recht, sondern die Negation eines Rechts. —

[58]) Der — uneingestandenen — Konstruktion des ius eminens als Delikt (warum aber noch heute — 1896 — die Bezeichnung des Expropriationsrechts als „gesetzliches Unrecht" bei O. Mayer, V. R. II S. 349 Anm. 5?) entspricht vollkommen das Postulat des Entschädigungsanspruchs bei Geltendmachung dieses „Unrechts": O. Mayer, a. a. O. I S. 33 Anm. 20; II S. 353 (dazu noch Pfeiffer, Prakt. Ausf. III S. 294). Doch verlangte man nicht in allen Anwendungsfällen des ius eminens Schadloshaltung des Betroffenen, wie O. Mayer anzunehmen scheint, sondern nur bei Maßregeln, die wir heute Expropriation zu nennen pflegen. S. unten Studie II, S. 47ff.

[59]) In der gegenwärtigen Litteratur kaum noch angefochten. Vgl. besonders Laband, Staatsr. I S. 692, Jellinek, System S. 316, Loening, V. R. S. 241, namentlich aber Rosin, Polizeiv. R. § 3, II.

Digitized by Google

Ein Zwang, der hiernach Unrecht ist, wird nicht dadurch Recht, daß ihn die Behörde „im Nothstande" ausübte. Auch die Noth verleiht kein Recht, das Recht zu brechen. Gegen das Gesetz kann sich die Verwaltung nicht auf ein ius eminens berufen. Aber einem rechtmäßigen Verwaltungsakte kann auch kein erworbenes Recht entgegengesetzt werden. Denn sobald ein Staatsorgan in Ausübung seiner gesetzlichen Vollmacht handelt, ist eben ihm gegenüber von einem subjektiven Einzelrechte keine Rede mehr.[60]) Vor der Gesetzgebung sinken alle Einzelrechte in nichts dahin; der Verwaltung gegenüber verschmelzen sie in das einzige, hochbedeutsame Recht, keinen gesetzwidrigen Zwang zu leiden.[61])

Damit ist denn auch das Verhältniß der Verwaltung zum Privateigenthum gekennzeichnet. Der polizeilichen Verfügung kann man nicht das Eigenthumsrecht als solches entgegensetzen, sondern nur einwenden, daß die Behörde über die öffentlichrechtlichen Schranken ihrer Amtsgewalt hinausgegangen, etwa in das Gebiet der gesetzgebenden oder der richterlichen Gewalt hinübergeschritten sei. Die Versagung einer Bauerlaubniß kann z. B. nicht mit der Behauptung angefochten werden, daß der Verwaltungsakt in das Verfügungsrecht der Partei über ihr Grundstück „eingreife"; dies private Nutzungsrecht ist ja von vornherein durch die Normen des Baupolizeirechts beschränkt. Ob die Verfügung diesen Normen entspricht, ist von dem angerufenen Verwaltungsrichter zu prüfen, — nicht aber, ob ein „Eingriff in das Privateigenthum" vorliegt. —

Um alles Gesagte zusammenzufassen: ohne gesetzliche Grundlage darf weder die Aufopferung eines erworbenen Rechts, noch irgend etwas Anderes vom Beherrschten verlangt werden. Gegen den gesetzlichen Verwaltungsakt aber gilt kein Individualrecht. Denn der gesetzmäßige Verwaltungsakt wird vom Willen des Gesetzes umfaßt und getragen; er ist, in diesem Sinne, selbst Gesetz.

Damit mündet der bisher durchlaufene Weg in die Schlußausführungen des vorigen Abschnitts (S. 16, 17) ein. Aus der „Natur der Sache", aus „allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätzen" folgt nicht, daß die Verwaltung, insoweit sie berechtigt ist, in ein Einzelinteresse einzugreifen, solches nur gegen Entschädigung thun dürfe. Aus dem

---

[60]) Uebereinstimmend: Leuthold in Hirth's Annalen 1884 S. 391, Loening, Haftung des Staats S. 93, 94.

[61]) Loening, Verwaltungsr. S. 12, Jellinek, System S. 98, v. Stengel, Verwaltungsarchiv Bd. III S. 197, 198.

Digitized by Google

Wesen des Eigenthums wie alles privaten Vermögensrechts ergiebt sich nicht, daß es von vornherein eine Schranke der administrativen (z. B. Polizei-)Gewalt bilde. Seine Beeinträchtigung involvirt noch nicht einen „excès de pouvoir". Der durch einen Verwaltungsakt veranlaßte Vermögensnachtheil ist kein „Schaden" im Rechtssinne. Im letzteren Sinne ist er vielmehr ein vollkommen unerhebliches Faktum, nicht mehr und nicht minder wie die Eigenthumsverschiebungen, welche der Erlaß eines Gesetzes unmittelbar oder mittelbar zur Folge hat. Ein Anspruch auf Entschädigung des oder der Betroffenen folgt aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses in dem einen Falle so wenig wie in dem andern. Die vielberufene „Natur der Sache" spricht gegen, nicht für den Ersatzanspruch. Sie erzeugt mit zwingender Macht eine Präsumtion, welche nur durch den Ausspruch des Gesetzgebers außer Kraft gesetzt werden kann.[62])

---

5. Nichtanwendbarkeit des Civilrechts. Das Ergebniß.

Dies das Ergebniß: die Versuche, welche das Problem des Ersatzanspruchs aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt mit den Methoden und Mitteln allgemeiner Rechtsbetrachtung lösen wollen, müssen notwendig scheitern. Auf diesem Wege ist das Ziel nicht zu erreichen. Die Frage, in welchen der hier vorgestellten Fälle dem Betroffenen Entschädigung zu leisten ist, läßt sich nicht „allgemein", sondern nur für jedes positive Recht einzeln beantworten. Jede allgemein gehaltene Behauptung auf diesem Gebiet hat de lege lata nur insofern und mit dem Vorbehalte Werth, als sie mit dem positiven Recht, nach welchem der Einzelfall zu entscheiden ist, übereinstimmt. Dies ist jedesmal zu prüfen.[63])

---

[62]) In Uebereinstimmung mit dem Text lehnen den Ersatzanspruch als „allgemeinen Rechtsgrundsatz" ab: Loening, Verwaltungsr. S. 18 Anm. 1, 255, 686 Anm. 2; Verwaltungsarchiv Bd. III S. 461, v. Sarwey, Oeff. Recht S. 373, 385, 403, G. Meyer, Lehrb. d. Staatsrechts S. 700 (bezüglich der „Schädigungen durch obrigkeitliche Maßregeln"), Derselbe, Erworb. Rechte S. 15 ff., 41 (mit den positivrechtlichen Modifikationen des Prinzips), Jellinek, System S. 232 Anm. 2, namentlich aber auch Goeppert-Eck in Ihering's dogm. Jahrbb. XXII S. 154 ff.

[63]) Dies gilt vor Allem von den oben S. 8 ff. wiedergegebenen Aufstellungen Bluntschli's, Zachariae's u. s. w. — Was Jellinek, System S. 321 ff. über den Ersatzanspruch aus Eingriffen der Staatsgewalt in subjektivöffentliche Rechte sagt, trifft z. B. für das preußische Recht nicht zu,

Digitized by Google

Nichts anderes ergiebt sich, wenn man den Blick auf die rechtliche Natur des vorausgesetzten Entschädigungsanspruchs lenkt. Soweit ihn die Gesetzgebung gewährleistet — z. B. als Anspruch desjenigen, der seines Steuerprivilegs auf legislativem Wege „beraubt" worden ist, (preuß. Gesetz vom 18. Juli 1892) — hat er mit der Deliktsobligation des Civilrechts nichts Verwandtes; handelt es sich doch weder um ein deliktisches, noch um ein quasideliktisches, noch überhaupt um ein Verantwortlichkeitsverhältniß.[64]) Er hat auch nichts gemeinsam mit den weitergehenden Ersatzansprüchen, welche die moderne Entwickelung des Civilrechts an Schadensverursachungen nicht rechtswidrigen Charakters anknüpft („Handeln auf eigene Gefahr").[65]) Die Normen und Institute des Civilrechts — so des gesammten Schadenersatzrechts — können überhaupt nicht Anwendung finden, denn der hier untersuchte Ersatzanspruch gehört dem öffentlichen Recht an.[66])

---

welches nur wegen Aufopferung des Privateigenthums einen solchen Anspruch gewährt. S. darüber unten S. 103 ff. Freilich will Jellinek selbst (S. 324) seine Sätze nur als Direktiven für die Gesetzgebung gelten lassen, aus denen der Einzelne einen unmittelbaren Anspruch nicht herleiten kann. Auch die Ausführungen O. Mayer's, Verwaltungsrecht Bd. II § 53, welche „deutsches", das heißt in Deutschland gemeingültiges Recht schildern wollen, können weder für das gemeine Recht, noch für die preußische Gesetzgebung als durchweg zutreffend gelten. Bezüglich der einzelnen Partikularrechte unseres Vaterlandes heißt es hier immer noch: distinguendum est.

[64]) „eine aus rechtmäßiger Schadensverursachung entspringende Ausgleichsverbindlichkeit" (Gierke, Deutsches Privatr. I S. 192; vgl. auch Gierke, Genossenschaftstheorie S. 808, Goeppert-Eck a. a. O. S. 156).

[65]) Unger, Handeln auf eigene Gefahr (2. Aufl. 1893), der indessen das sog. Schuldprinzip als Grundlage des Schadenersatzrechts nicht aufgeben will; vgl. a. a. O. S. 133. Für Erweiterung der Schadenersatzpflicht treten namentlich ein: E. Steinbach, Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden S. 66 ff., Merkel, Jurist. Encyclopädie §§ 664—683 und namentlich Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen (1895). — Vgl. auch über die Haftpflicht der Korporationen Gierke, Genossenschaftstheorie S. 805 ff.

[66]) So grundsätzlich: Loening, Verwaltungsrecht S. 785, Jellinek, System S. 232 Anm. 2: Die Ansprüche, welche der Staat den durch legale Ausübung seiner Hoheitsrechte Verletzten gewährt, sind prinzipiell öffentlichrechtlicher Natur. — Ganz besonders aber vgl. O. Mayer, Verwalt.R. I S. 241 Note 29 u. S. 242, nebst desselben Verfassers Theorie des französischen Verwaltungsrechts S. 347: Der Staat in rechtmäßiger Handhabung seiner Gewalt ist „für die ganze civilrechtliche Schadenersatzpflicht nicht erreichbar". Die publizistische Natur des hier vorgestellten Ersatzanspruchs ist aber auch von den ersten Autoritäten des Civilrechts anerkannt: Windscheid, Pandekten I

Digitized by Google

Es erübrigt sich indessen, in dem gegenwärtigen Zusammenhange hierauf näher einzugehen. Denn selbst wenn man die civilistischen Konstruktionen des Schadenersatzanspruches direkt hierherbezieht oder analog zur Anwendung bringt, käme man doch über folgende Erwägungen nicht hinaus: Der Umfang der Ersatzgewährung nach dem sog. Veranlassungsprinzip im Gegensatze zu dem Verschuldungsprinzip — nach welchem „nicht der Schaden zum Ersatz verpflichtet, sondern die Schuld“[67]) — hat seine natürlichen und notwendigen Grenzen. Unmöglich kann jedes einen Dritten belästigende oder beeinträchtigende suo iure uti zum Schadenersatz führen. Gewiß fordern Gerechtigkeit und Billigkeit in manchen, in vielen Fällen solcher unverschuldeter Interessenkollision Schadloshaltung dessen, der sein Interesse dem Andern hat opfern müssen.[68]) Unter welchen Voraussetzungen aber Ersatz zuzubilligen ist, darüber sind sehr verschiedenartige Ansichten möglich und dagewesen. Selbstverständlich wäre die Fragestellung, ob die Ersatzpflicht des Staates wegen vermögensbeeinträchtigender Folgen rechtmäßiger Gewaltausübung aus dem Gedanken der Billigkeit folge, von vornherein abzuweisen, denn dieser Gedanke kann nie ein

---

§ 136a, Dernburg, Pandekten I § 85 a. E. (Was Beide von der Privilegienentziehung sagen, ist lediglich zu verallgemeinern.) — Neuestens: O. Mayer, Verwalt. R. II S. 349 Note 6, 357. Sicherlich nicht nach Civilrecht zu entscheiden ist der Fall, von dem Merkel, Kollision rechtmäß. Interessen S. 222 berichtet: Polizeiliche Sperrung bezw. Räumung eines Restaurationslokals, dessen Besitzer sich auf einen starken Zulauf von Publikum anläßlich der Anwesenheit ausländischer Fürstlichkeiten vorbereitet hatte und nun „mit seinen Vorräten allein saß.“ Merkel fügt hinzu „Auf einen Prozeß wagte er (der Gastwirt) es nach eingeholtem Rechtsgelehrtenrath nicht ankommen zu lassen.“ Der Rath war m. E. für das gemeine (der Fall ereignete sich in Kiel) wie für das preußische Recht richtig ertheilt. Vgl. unten S. 60ff., S. 114.

[67]) Der bekannte Satz v. Iherings (Das Schuldmoment im Römischen Privatrechte, S. 40). Darüber und dagegen: Steinbach a. a. O. S. 19ff., Merkel, Kollision S. 102ff., Loening, Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten S. 7ff. — Es ist hier nicht der Ort, auf diese Streitfragen einzugehen. Mag man über das Problem des Schadenersatzes urtheilen, wie man will, immer steht doch der Satz fest, daß die Rechtsvermuthung, welche bei rechtswidrigen Vermögensbeschädigungen für die Ersatzpflicht spricht, sich bei rechtmäßigen Handlungen dieser Art gegen den Verletzten wendet. Im ersteren wie im letzteren Falle kann nur der ausdrückliche Ausspruch eines positiven Rechtssatzes die Präsumtion aufheben.

[68]) So vor allem die Haftpflicht des Fabrikanten, des Eisenbahnunternehmers nach dem Reichsgesetze vom 7. Juni 1871. Darüber und weiterhin: Merkel, Encyclop. §§ 676, 677, 680.

Digitized by Google

Rechtsinstitut direkt erzeugen, sondern höchstens einen Antrieb zur Schaffung von Rechtssätzen liefern. (Vgl. Anm. 51.) Ganz gewiß ist es wahr, daß sich in vielen Entschädigungsansprüchen, „welche dem Staate und anderen öffentlichrechtlichen Verbänden aus ihren spezifisch sozialrechtlichen Willensaktionen erwachsen", der Gedanke spiegelt, „daß auch die rechtmäßige Verursachung eines Schadens nach Möglichkeit durch eine Ersatzleistung ausgeglichen werden soll."[69]) Sie soll ausgeglichen werden. Bis zu welcher Grenze dieses Soll in ein Ist zu verwandeln, das Postulat in die positive Rechtswirklichkeit überzuführen sei, — darin liegt nicht nur ein gesetzgeberisches Problem, sondern eine Fülle von solchen. Wie ein jedes derselben nach den Forderungen des Gemeininteresses am zweckmäßigsten zu lösen sei, darüber kann immer nur wieder das legislative Ermessen des Gesetzgebers Bestimmung treffen. Sein Wille entscheidet.

Zweite Studie.

Der Ersatzanspruch nach dem Gemeinen deutschen Recht.

1. Ausgangspunkte.

Die in der ersten Studie besprochenen Lehrmeinungen und Gerichtsurtheile glauben als allgemeine Rechtswahrheit, als den lebendigen Ausdruck des Verhältnisses von Staatsgewalt und Recht hinstellen zu dürfen: daß aus administrativen, (oben S. 17 ff.), wo nicht gar aus gesetzgeberischen (S. 12 ff.) Eingriffen in das Privatvermögen ein Anspruch des Betroffenen auf Schadloshaltung folge. Es ist gezeigt worden, daß diese Behauptungen, so wie sie aufgestellt sind, d. h. eben als allgemeine, positivrechtliche Begründung nicht bedürfende „Rechtswahrheit", fehl gehen. Nun ist aber ihr Inhalt auch für einen positiven Bestandtheil, für eine spezifische Eigenart des Gemeinen deutschen Rechts erklärt worden, — womit dann der Streit über Dasein und Nichtsein des hier vorgestellten Ersatzanspruchs auf einen ganz anderen Boden gestellt ist.

Betreten wir diesen Boden. Zur Eröffnung der Diskussion einige Aeußerungen von autoritärer Seite; ihre Richtigkeit wird im Folgenden zu prüfen sein.

---

[69]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 807, 808.

Digitized by Google

Das Reichsgericht[1]) stellt hin: „In Ansehung des Gemeinen Rechts mußte das Reichsgericht der ..... Auffassung sich anschließen, wonach im Falle der Aufhebung eines wohlerworbenen Rechts durch die Gesetzgebung ohne weiteres ein privatrechtlicher[2]) Anspruch gegen den Staat auf volle Entschädigung stattfindet, soweit nicht dieser Anspruch durch die Gesetzgebung besonders ausgeschlossen worden ist."

Damit wäre ein gemeinrechtlicher Ersatzanspruch gegenüber Akten der Gesetzgebung behauptet. Nicht so weit gehen Dernburg und Regelsberger, deren Pandektenlehrbücher[3]) in fast übereinstimmender Fassung den Satz aufweisen, es sei ein Grundsatz des heutigen Rechts, daß Maßnahmen im öffentlichen Interesse (Regelsberger: „Maßregeln, die von den Behörden im Interesse der Gesammtheit getroffen werden"), welche eine Schädigung des Vermögens von Privaten bewirken, auf Kosten der Gemeinheit, und nicht der Einzelnen, geschehen. Mit dergleichen „Maßnahmen" sind, wie sich auch bei Dernburg aus dem Zusammenhange ergiebt,[4]) Verwaltungsakte gemeint. (Vgl. oben S. 17 ff.) Diesen beiden civilistischen Schriftstellern schließt sich neuestens Otto Mayer[5]) an, jedoch mit dem Vorbehalte, daß „Polizeimaßregeln jeder Art", — also ein quantitativ und qualitativ sehr bedeutender Theil aller Verwaltungsakte — einen Anspruch auf „öffentlichrechtliche Entschädigung" nicht bedingen sollen.[6])

Eine nähere, namentlich den historischen Entwickelungsgang aufdeckende Begründung der wiedergegebenen Sätze findet sich weder in dem Urtheile des Reichsgerichts noch bei Dernburg und Regelsberger. Auch O. Mayer sagt über die „Ausbildung und Verallgemeinerung eines deutschen Gewohnheitsrechts", welches dem Entschädigungsanspruche

---

[1]) In der Entscheidung vom 13. Januar 1883, E. in Civils. Bd. 12 Nr. 1 (Hamburger Sache). Ebenso Gierke, Deutsches Priv.R. I S. 195.

[2]) „Privatrechtlich" ist der Anspruch keinesfalls. S. oben Studie I S. 26, 27 und Anm. 66.

[3]) Dernburg, Pand. (4. Aufl.) I § 72 a. E., Regelsberger, Pand. I § 113 VII.

[4]) Regelsberger spricht nur von Maßregeln der „Behörden", lehnt zudem (a. a. O. S. 125 u. Anm. 16, 17) den Ersatzanspruch bei legislativen Eingriffen ausdrücklich ab.

[5]) Verwaltungsrecht Bd. II § 53, bes. S. 349, 351.

[6]) Dieser Vorbehalt ist, wie hier einstweilen nur beiläufig bemerkt sein mag, für das preußische Recht (s. das oben Einleitung Anm. 2 a. E. Gesagte) in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Vgl. Studie III S. 101 ff., 121.

Digitized by Google

zur Seite stehen soll, nicht viel; er zeigt diesen Hergang weniger, als er die Kenntniß davon voraussetzt.[7])

Man wird gut thun, diese Behauptungen nach ihren Quellen zu fragen. Hierbei ist nun Folgendes zu beachten.

Ein Satz des Gemeinen deutschen Rechts soll nachgewiesen werden. Und zwar (oben S. 26, 27) ein Satz des öffentlichen Rechts.

Damit ist gesagt, daß von den Quellen unseres Gemeinen Rechts eine — die vornehmste — von vornherein außer Betracht bleiben muß: das römische Recht ist für Fragen wie die hier gestellte nicht maßgebend.

Denn — so gewaltig das Wiederaufleben der antiken Vorstellungen vom Staate die mittelalterlichen Formen des deutschen Gemeinlebens umgestaltet hat; so gewiß es ist, daß die Renaissance des römischen Staatsgedankens die Entwickelungsgeschichte des modernen Staates in Deutschland einleitet;[8]) — als ebenso unbestreitbar muß gelten, daß mit den politischen Ideen der Alten nicht zugleich auch das römische Staatsrecht als solches rezipirt ist. Das ius publicum der Quellen, der staatsrechtliche Inhalt des corpus iuris hat in deutschen Landen nicht Wurzel fassen können. Mag man im 16. Jahrhundert auch vielfach geglaubt haben, „daß die Sätze über die Gewalt des römischen princeps, der römischen Magistrate, über die Rechtsstellung der Gemeinden zum Staate genau ebenso bindend für Deutschland seien, wie die Sätze über Kauf und Miethe"; [9]) — das war eine vorübergehende wissenschaftliche Gedankenrichtung, welche dem Gange der Rechtsentwickelung nicht standhielt. Das deutsche Staatsrecht hat sich, wenngleich vom Geiste des römischen Rechts im Allgemeinen vielfach beeinflußt, in seinen einzelnen Instituten und Sätzen jedenfalls selbständig fortgebildet.[10])

Wenn sich also auch in den Quellen des römischen Rechts der Satz nachweisen ließe, daß bei Eingriffen der Staatsgewalt und ihrer

---

[7]) a. a. O. S. 349: „Der Satz, daß der Staat Entschädigung schulde für die besonderen Opfer, die er auferlegt, ist altes Recht. . . . Das römische Recht gab kein Vorbild; ein deutsches Gewohnheitsrecht bildete sich aus, zunächst für die schwersten Fälle, vor allem für die Ausübung des ius eminens, allmählich von selbst verallgemeinert".

[8]) Gierke, Genossenschaftsr. III S. 627 ff., 656 ff., namentlich aber Laband, (Rektoratsrede über) die Bedeutung der Rezeption des Röm. R. f. das deutsche Staatsrecht.

[9]) Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I S. 666.

[10]) Stintzing II S. 32 ff.

Digitized by Google

Delegatare, — des princeps, des Prätors, des Aedilen — in die Vermögenssphäre der Einzelnen ein genereller Entschädigungsanspruch gewährleistet ist, so würde man einem solchen Satze gleichwohl die heutige Anwendbarkeit absprechen müssen. Die öffentliche Gewalt in Deutschland ist etwas vom römischen imperium Verschiedenes. Die deutsche Obrigkeit ist nicht Rechtsnachfolgerin der antiken Magistratur. Was von letzterer in den Gesetzen des römischen Staates gesagt ist, kann nicht auf unsere Landesregierungen und Polizeibehörden Anwendung finden. Das gilt sowohl von dem Umfange der Amtsgewalt selbst, wie von den Rechtsfolgen ihrer Ausübung. Inwieweit der römische Staat seinen Unterthanen Schadloshaltung wegen der legalen Handhabung seiner Machtbefugnisse gewährte, ist für den heutigen Rechtszustand ohne praktische Bedeutung. Aus der Gewähr derartiger Ersatzansprüche im römischen Rechte würden dem Staate (bezw. den Gemeinden) unserer Tage keine Pflichten, dem Einzelnen keine Rechte erwachsen.[11])

Vom corpus iuris wendet sich der Blick zu den anderen geschriebenen Quellen des Gemeinen deutschen Rechts. Das Spezialrecht der libri feudorum hat mit der hier erörterten Frage nichts zu thun. Diese ist im eminenten Sinne staatsrechtlicher Natur; deshalb bleiben auch die im corpus iuris canonici gesammelten kirchlichen Rechtsnormen als solche hier außer Betracht. Was das kanonische Recht über die Befugnisse der Kirchenregierung, vorab über die oberste iurisdictio des Papstes, und über etwaige Ansprüche der Regirten aus vermögensbeschädigenden Eingriffen der kirchlichen Amtsgewalt sagt,[12]) duldet auf parallele Verhältnisse des staatlichen Gemeinlebens keine, auch keine analoge Anwendung. Für das hier zu durchforschende Gebiet besitzt daher das corpus iuris canonici sowenig wie das corpus iuris civilis die Kraft und Autorität eines Gesetzbuchs;[13]) ein Ersatzanspruch aus Ver-

[11]) Uebereinstimmend das Erk. der Jenenser Juristenfakultät (Hamburger Sache) vom 14. Juni 1879, Seuff. Archiv N. F. 7 Nr. 224; daselbst auch der Nachweis, daß ein allgemeiner Ersatzanspruch aus dem röm. R. nicht herzuleiten ist. Ebenso die oben Anm. 7 mitgetheilte Ansicht O. Mayer's.

[12]) Vgl. z. B. Hinschius, Art. Privilegium in v. Stengel's Wörterbuch, II S. 314: „das Kirchenrecht kennt keinen Anspruch des Privilegirten auf Entschädigung wegen Entziehung des Privilegiums". Ebenso Hinschius, System des kath. Kirchenrechts Bd. III S. 819. Ueber die Zwangsenteignung nach kanonischem Recht vgl. Georg Meyer, Recht der Expropriation S. 94 ff.

[13]) Das kanonische Recht, nicht Quelle des Staatsrechts: Hinschius in Holtzendorff's Encycl. S. 211. Die Citate in dem Urtheile des O.A.G. Zerbst, Seuffert, Arch. I Nr. 311, daher ohne ersichtliche Beweiskraft. — Vom

Digitized by Google

mögensbeeinträchtigungen durch die Staatsgewalt würde aus den kanonischen Satzungen sowenig, wie aus dem römischen Recht, hergeleitet werden können.

Das einheimische ius commune scriptum, die Gesetzgebung des alten[14]) wie des neuen[15]) deutschen Reichs schweigt über die vorliegende Frage. So bleibt denn bei der Unergiebigkeit der geschriebenen Quellen nur jene andere Rechtsmasse übrig, in welcher der vom Reichsgericht u. A. behauptete Satz ausgebildet und enthalten sein könnte: das ungeschriebene Recht.

Das Gemeine Recht der Rezeptionszeit und der beiden ihr folgenden Jahrhunderte ist, wie bekannt, in allen wesentlichen Theilen das Arbeitsprodukt der deutschen Rechtswissenschaft. Dies gilt vom Civil-, vom Straf- und Prozeßrecht und ebenso auch vom Staatsrecht. Wer heute untersuchen will, wie sich das öffentliche Recht (namentlich der Territorien) seit Ausgang des Mittelalters bis in die letzten Reichszeiten hinein zu dieser oder jener allgemeinen Frage[16]) gestellt hat, wird die Sammlungen der Reichsgesetze und Landesordnungen oft ohne Erfolg durchblättern, um so reichere Belehrung aber aus der rechtswissenschaftlichen Litteratur, der mit ihr überall in lebendigem Zusammenhange stehenden Praxis der Gerichte und Spruchfakultäten und aus den massenhaft überlieferten Gutachten (Konsilien) einzelner Juristen schöpfen.

So gestaltet sich denn auch die Untersuchung des hier aufgestellten Problems.

Gewiß wäre es unrichtig, die Geistesarbeit der deutschen Juristenwelt jener Zeitläufte als Normenschaffung, die Traktate und Konsilien als unmittelbare Rechtsquellen zu betrachten. Rechtsquelle ist allein

---

kanonischen Recht ist natürlich zu unterscheiden die Betheiligung der kanonischen Juristen (G. Meyer a. a. O. S. 94ff., Gierke, Genoss. R. III S. 238ff.) an der allgemeinen Rechtsbildungsarbeit.

[14]) c. 13 der Goldenen Bulle handelt von der „revocatio privilegiorum", sagt aber nichts über die Entschädigungsfrage. Darüber auch nichts im J. R. A. § 106 (obrigkeitlicher Eingriff in die Zunftrechte).

[15]) Von Spezialvorschriften wie Rayongesetz v. 21. Dezember 1871, Gewerbeordnung § 51 u. s. w. wird hier natürlich abgesehen. Ueber das Bürgerliche Gesetzbuch s. unten S. 134—136.

[16]) Im Gegensatze zu vielen Spezialmaterien, vor Allem des Polizeirechts, denen sich die geschäftige Reglementirungssucht des landesfürstlichen Absolutismus und der Stadtobrigkeiten mit Vorliebe widmete und die daher in zahllosen Verordnungen u. s. w. kodifizirt sind. Vgl. z. B. Gierke a. a. O. III S. 746 ff.

Digitized by Google

das allgemeine Bewußtsein der Gebundenheit durch die unsichtbare Fessel der Norm, von welchem die Schriften, Urtheile, Gutachten Kunde und Zeugniß geben. Bewußte Träger dieser Rechtsüberzeugung, des „Reichsherkommens" im weitesten Sinne, waren freilich allein, oder doch in vorwiegendem Maße, die Rechtsgelehrten, zu denen die Praktiker jener Zeit, und sie ganz besonders, hinzuzurechnen sind. In der Litteratur und Judikatur, die sie uns hinterlassen haben, ist das positive Recht ihrer Zeit niedergelegt.[17])

Damit ist der im Folgenden zu führenden Untersuchung der Weg gewiesen. Gegenstand der Untersuchung ist ein Satz des ungeschriebenen deutschen Staatsrechts. Rechtsquelle also ist die normenschaffende Gesammtüberzeugung, die getragen zugleich und bekundet wird von der deutschen Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft.

---

2. Die Expropriationsentschädigung als Spezialfall.

Von den verschiedenartigen Formen und Fällen staatlicher Eingriffe in die wirthschaftliche Sphäre der Beherrschten hat sich im Laufe der Zeiten eine bestimmt begrenzte Kategorie zur Einheit eines Rechtsinstituts verdichtet: das ist die Enteignung oder Expropriation, — „derjenige Verwaltungsakt, durch welchen der Staat im öffentlichen Interesse und gegen Entschädigung Eigenthum oder andere dingliche Rechte entzieht, um sie auf sich selbst oder einen Privaten zu übertragen" (G. Meyer, Verwaltungsr. I S. 280). Die geschichtliche Entwickelung dieses Rechtsinstituts ist zu verschiedenen Malen eingehend und im Ganzen wohl erschöpfend untersucht worden.[18]) Die Forschungen G. Meyer's, auf welche hier nur hingewiesen werden kann, haben ergeben, daß die beiden Prinzipien, welche noch heute die Grundlage des Enteignungsrechts bilden, zuerst von der italienischen Jurisprudenz des Mittelalters aufgestellt worden sind. Mit dem durch diese Wissenschaft entwickelten gemein-italienischen Gewohnheitsrechte sind diese Sätze dann in Deutschland rezipirt und schließlich in die moderne Gesetzgebung aller deutschen Staaten übernommen worden. Die beiden Sätze gehen dahin:

[17]) Für den beherrschenden Einfluß der gelehrten Jurisprudenz auf die Rechtsbildung der Rezeptionszeit kann das ganze dritte Kapitel von Gierke a. a. O. Bd. III als Belag dienen. Ueber die spätere Zeit: Stintzing a. a. O. I S. 652 ff., II S. 32 ff., 101 ff.

[18]) G. Meyer, Recht der Expropriation, Grünhut, Das Enteignungsrecht. Ferner Gierke, Althusius, S. 269 ff., Genossensch. R. III S. 616 ff.

Digitized by Google

Enteignungen dürfen nur aus Gründen des öffentlichen Wohls vorgenommen werden;

für den Verlust des enteigneten Gutes ist dem Expropriaten Werthsersatz zu leisten.

Der zweite, hier ausschließlich interessirende, Rechtsgrundsatz tritt in der geschichtlichen Entwickelung später auf, als der erste.[19]) Doch hat er sich noch während des Mittelalters in Italien befestigt und erscheint jedenfalls späterhin als unbestrittener, positiver Bestandtheil des deutschen Gewohnheitsrechts.

Der Entschädigungsanspruch des Expropriaten ist nicht identisch mit dem hier vorgestellten allgemeinen Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt. Die Expropriationsentschädigung ist ein Spezial- und Anwendungsfall der „öffentlichrechtlichen Entschädigung" (O. Mayer). Ein Anwendungsfall, nicht der einzig mögliche. Denn es giebt Maßregeln, staatliche Eingriffe in die Vermögenssphäre der Einzelnen, die — wirthschaftlich betrachtet — für die Betroffenen ebenso „fühlbar" sind, wie ein Expropriationsakt, die aber doch unter keinem Gesichtspunkte dem positiven Rechtsbegriffe der Enteignung untergeordnet werden können.[20]) Enteignung ist stets Uebereignung: zwangsweise Ueberführung eines im Privateigenthume befindlichen Vermögensobjekts in das öffentliche Gut oder in das Vermögen eines Dritten.[21]) Innerhalb des hiermit bezeichneten Rahmens hat die Rechtsordnung die „Garantie der erworbenen Rechte" (oben S. 7 ff.), die „Unverletzlichkeit des Vermögens" durch Gewähr eines allgemeinen Ersatzanspruchs anerkannt; damit ist keineswegs gesagt, daß sie auch für die weitergehenden, vom Enteignungsbegriffe nicht mehr gedeckten, Fälle eine Entschädigungspflicht hat statuiren wollen.[22]) Gerade um

---

[19]) G. Meyer, R. d. Expropr. § 92 ff., 112 ff., Gierke, Althusius S. 270.

[20]) So die Verurtheilung oder Verhaftung des Unschuldigen; vgl. unten S. 96 und O. Mayer, Verwalt.R. II S. 363 Anm. 10. Gerade diese Fehlgriffe der Justiz werden häufig mit der Enteignung in Parallele gestellt; das ist irreleitend.

[21]) Im Wesentlichen übereinstimmend: Grünhut, Enteignungsr. S. 1 bis 4, v. Sarwey, Oeff. R., S. 373 ff., 387 ff. und Württemberg. Staatsr., S. 247 ff., 274 ff. (besonders beachtenswerth), Regelsberger, Pand. I S. 125 Anm. 16, Wächter, Württemb. Priv.R. II S. 70, 71, Tezner in Grünhut's Ztschr. Bd. 21 S. 239, 240, O. Mayer, V.R. II S. 3 u. Anm. 1.

[22]) Hier ist wiederum an die „natürlichen" Grenzen der staatlichen Entschädigungspflicht zu erinnern: oben S. 5 ff.

Digitized by Google

diese Fälle aber handelt es sich hier. Es gehören dahin — beispielsweise — die Vermögensbeeinträchtigungen durch Akte der Gesetzgebung,[23]) ferner die schadenstiftenden Reflexwirkungen bei Handhabung der staatlichen Aufsichts-, Militär-, Justiz- und Polizeigewalt.[24])

Staatshoheitsakte dieser Art haben mit dem durchaus spezifisch gearteten, wohlabgegrenzten Institute der Expropriation nichts zu thun. In solchen Fällen die Schadloshaltung des Betroffenen aus dem Enteignungsrechte herzuleiten, wäre ein Verstoß wider die Rechtslogik. Es wäre das nicht die Anwendung eines vom Gesetzgeber in einem Einzelfalle ausgesprochenen Grundsatzes auf einen rechtsähnlichen Fall;[25]) nicht Entscheidung durch Analogie, sondern ein Schluß vom minus auf das maius.[26])

Bei alledem ist nun freilich der Rechtsbegriff der Expropriation in der Gestalt supponirt, wie ihn die heutige (deutsche) Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis festgestellt hat. Die Möglichkeit eines aus früheren rechtsgeschichtlichen Epochen herstammenden weiteren Enteignungsbegriffs[27]) und einer ihm korrespondirenden weiterreichenden

---

[23]) Unten S. 40 ff., 93.

[24]) Unten S. 60 ff., S. 86 ff.

[25]) Vgl. dagegen unten S. 65, 66.

[26]) Goeppert-Eck in Ihering's Jahrb. 22 S. 157. Ebenso das von Rüttimann, Nordamerikan. Bundesstaatsr. II S. 217, angef. Gutachten der jur. Fakultät zu Zürich: „Eine unbefangene Prüfung dieser Gesetzesstelle (nämlich eines Verfassungsartikels über die „Unverletzlichkeit des Eigenthums") ergiebt, daß damit nur für den Fall der sogen. Zwangsenteignung, d. h. der erzwungenen Abtretung von Privatrechten auf Anforderung der Administrativbehörden Entschädigung festgesetzt, keineswegs aber der praktisch höchst bedenkliche Satz in's Leben geführt werden wollte, daß bei jeder Entziehung von Privatrechten durch die Gesetzgebung die Staatskasse oder der dadurch bevortheilte Private für vollkommene Schadloshaltung einzutreten habe." Der im Text bezeichnete fehlerhafte Analogieschluß z. B. in dem Erk. (Rostock) Seuffert, Arch. 22 Nr. 144, ferner Bl. f. admin. Praxis, 1870 S. 345.

[27]) — der etwa der „Entwährung" L. v. Stein's Verwaltungslehre Bd. VII an Umfang gleichkäme. (a. a. O. S. 67: Entwährung ist das Recht des Staates „vermöge dessen derselbe durch seine Verwaltung ein wohlerworbenes Privatrecht ... gegen Rückerstattung seines Werthes und nach gesetzlichen Formen aufhebt".) Die geistvollen und tiefgründigen Darlegungen Stein's haben jedoch für eine Untersuchung, die sich, wie die vorliegende, streng auf die Analyse des positiven Rechts beschränkt, keinen unmittelbaren Werth. Die Aufgaben und Zielpunkte einer solchen Einzeluntersuchung sind andere wie die eines Systems der Verwaltungslehre. Zur Beurtheilung Steins's vgl. insbes. Loening, Verwaltungsrecht S. 26.

Digitized by Google

Entschädigungspflicht bleibt eine offene Frage. Hierüber gewährt die einschlägige Litteratur m. E. keinen genügenden Aufschluß. Um Klarheit zu gewinnen, bedarf es einer erneuten Durchsicht des vorhandenen Quellenmaterials, einer Prüfung desselben insbesondere nach folgenden Gesichtspunkten, ob der jetzt feststehende Enteignungsbegriff sich etwa von einem allgemeineren Rechtsbegriffe abgezweigt hat, ob diesem hypothetischen Begriff eine ebenso allgemeine Entschädigungspflicht wesentlich war, und ob der, so nachweisbare, allgemeine Ersatzanspruch aus schadenstiftenden Eingriffen der Staatsgewalt in das Privatvermögen sich im Bestande des heutigen gemeinen Rechts neben und außer der Expropriationsentschädigung fortdauernd erhalten hat.

---

3. Die italienische Jurisprudenz des Mittelalters.

Als die mittelalterliche Rechtswissenschaft und Staatslehre die Anschauungen des Alterthums über den Staat zu neuem Leben erweckten, da entstand auch, — zuerst in dem klassischen Lande der Renaissance, — eine neue Bewerthung des Verhältnisses der Staatsgewalt zum Privateigenthum.[28]) Dem früheren, in seinem Kerne germanischen, Mittelalter war der antike und heute wieder moderne Gedanke der Staatssouveränetät vollkommen fremd; der Individualismus des deutschen Rechtsbewußtseins „ordnet sich nur widerwillig dem großen Ganzen unter; . . . die Germanen bedurften erst der romanischen Erziehung für den Staat" (Bluntschli).[29]) Diese Rechtsordnung konnte, ihrem Geiste nach, der Gesammtheit die Befugniß nicht zugestehen, dem Einzelnen sein Eigenthum wider seinen Willen zum Wohle des Ganzen zu entziehen.

In diesem Punkte vornehmlich erhob sich die Lehre der Italiener über den Geist des deutschen Rechts. Sie wandte das salus publica suprema lex gegen das souveräne Privateigenthum und schuf so den Rechtssatz, daß der im Herrscher verkörperte Staat aus Gründen des Gemeininteresses dem Berechtigten sein Recht nehmen dürfe. „Princeps ex iusta causa potest res privati auferre", so sprach die neue Ge-

[28]) G. Meyer, R. d. Expropr. S. 76 ff., Gierke, Althus. S. 268—272.

[29]) Allg. Staatslehre S. 44. — Dazu noch zu vgl. die Schilderungen Gierke's, Genoss. R. II S. 131, 462 ff., sowie dessen Rede „Naturrecht und deutsches Recht" (1883) S. 26 ff. Unschwer ist zu erkennen, daß die in der ersten Studie, oben S. 7 ff., dargestellten individualistischen Theorien im Grund nur die Regeneration uralter deutscher Vorstellungen (aus staatloser Zeit!) sind.

Digitized by Google

setzestafel.[30]) Damit war im Denken über Staat und Individuum jene Stufe erreicht, die es vermag, „die Aufhebung des Rechts selbst wieder als ein Recht zu begreifen" (L. v. Stein).

Und bald erkannte man auch die nothwendig publizistische Natur dieser Eingriffsgewalt, welche letztere bereits die späteren Glossatoren, — unter Verwerfung der abweichenden Lehrmeinung des Martinus, — durchaus zutreffend als Ausfluß der kaiserlichen (bezw. päpstlichen) iurisdictio konstruirten.[31]) „Iurisdictio" bezeichnet nun in der Sprache des Mittelalters bekanntlich nicht nur die Rechtsprechung, sondern die Gesammtheit aller obrigkeitlichen Rechte, die Staatsgewalt im damaligen Sinne und Umfange. Es ist also festzustellen, daß der Gedanke einer Vermögensbeschädigung durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt der italienischen Rechtswissenschaft des Mittelalters bereits vollkommen geläufig war.

Wie stand es nun um die Entschädigung des Betroffenen? — Zunächst führte man den Gedanken der unbeschränkten Verfügungsgewalt des princeps über das Privateigenthum ohne Besinnen durch bis zur Negation jedes gemeingültigen Ersatzanspruchs des durch Handhabung der iurisdictio Geschädigten. Folgt man den Untersuchungen G. Meyer's, so wäre dieser negative Standpunkt der Doktrin noch im ersten Jahrhundert der postglossatorischen Epoche, d. h. bis gegen die Mitte des 14. Jahrhunderts unserer Zeitrechnung hin herrschend gewesen. Und zwar versagte man die Entschädigung gerade auch bei Expropriationsakten, — Fälle, in denen das Billigkeitsgefühl die Ausgleichung des Schadens zumeist fordert.[32])

[30]) Dieser Satz kehrt bei allen Glossatoren und Postglossatoren wieder. Ueber das Erforderniß der iusta causa und seine Bedeutung als Rechtsschranke der Staatsgewalt herrscht freilich Streit. Darüber und über alle Einzelheiten vgl. wiederum G. Meyer a. a. O. S. 88ff. und Gierke, Althus. S. 269ff.

[31]) G. Meyer S. 86, 87.

[32]) So die bereits von G. Meyer a. a. O. S. 92ff. besprochene Glosse. (Vgl. dazu noch Gierke, Althus. S. 270 Anm. 15.) Für die Auffassung der Glossatoren z. B. charakteristisch Glo. ord. ad. l. 3 (Barbarius) D. 1, 14. Der Kaiser hat aus Gründen des öff. Interesses einen im Privateigenthum befindlichen Sklaven freigelassen. Die Glosse (nicht das Fragment) wirft (s. v. multo magis) die Frage auf: „Sed an teneatur vel imperator vel populus ad precium servi? Respond. non, maxime si propter utilitatem publicam faciat . . . Et sic non, quod ex causa iusta princeps alienum servum manumittit, non alias ut puto, quia licet omnia principis intelligantur, verum est quoad protectionem" (= iurisdictionem). Die Forderungen des Gemeininteresses (iusta causa) rechtfertigen also nicht allein den Eingriff in das Privateigenthum, sondern auch noch

Digitized by Google

Diese Ansicht wurde indessen auf die Dauer nicht festgehalten; schon bei den großen Autoritäten Bartolus und Baldus tritt die Wendung zu Gunsten der Expropriationsentschädigung hervor. Bartolus meint, bei Erörterung des in l. 43 § 1 D. de pign. act. 13, 7 entschiedenen Falles: „quod si officialis ob publicam utilitatem aufert rem a privato (z. B. militärische Requisitionen) debet ei solvere mercedem". Und Baldus, näher auf die Frage eingehend, zählt folgende Fälle auf, in denen er Entschädigung zubilligen will: administrative Freilassung von Sklaven, Inanspruchnahme von Privatgrundstücken zu Befestigungszwecken, Zerstörung eines im Gesammteigenthum Mehrerer befindlichen Hauses zur Strafe des Verbrechens eines der „consortes" (hier Entschädigung für die Hausantheile der anderen, unschuldigen Eigenthümer); — endlich die Verallgemeinerung: „item . . princeps privat aliquem dominio suo, non tamen gratis".[33]) Ebenso die Zeitgenossen des Baldus († 1400) und die Späteren.[34])

Daß man aber bei dem „auferre dominium ex iusta causa" ausschließlich oder doch vorwiegend an Eingriffe expropriativen Charakters (in dem oben dargelegten Sinne) dachte, beweist die Aufzählung der Eingriffs- und Entschädigungsfälle bei Jason de Mayno (ad. l. 3 D. 1;14). Dieser Epigone der großen Juristen des Mittelalters, welcher sich weniger durch Aufstellung neuer und selbständiger Ansichten über seine Vorgänger erhebt, als er bemüht ist, die rechtsentwickelnde Arbeit der früheren Jahrhunderte zusammenzutragen und den durchschnittlichen Stand der communis opinio erkennbar zu machen, widmet auch dem Institut der Expropriation eine ausführliche Erörterung. Den Ausgangspunkt bilden wieder die bekannten Sätze, (oben S. 34), die Jason so formulirt:[35])

---

die Belastung des Eigenthümers mit dem Schaden. So die Glosse, — aber auch noch Albericus de Rosciate († 1354) zu l. 14 § 1 D. 8,6. (Negation der Entschädigung bei Inanspruchnahme eines Privatgrundstücks für den öffentlichen Verkehr.) Ueber Albericus und seine Bedeutung vgl. G. Meyer S. 105, Gierke, Genoss. R. III S. 386, Althusius S. 277 Anm. 34.

[33]) Baldus zu l. 2 C. 7, 13.

[34]) Vgl. über die Postglossatoren bis Jason († 1519) G. Meyer, S. 112, 113, einige Spätere citirt bei Gierke, Althus. S. 270 Anm. Dazu noch: Matthaeus de Afflictis, Decis. Neapolit., decisio 361 Nr. 4ff.; Jac. Menochius († 1607), Consilia; cons. 103 Nr. 26, cons. 250 Nr. 98, cons. 1206 Nr. 23ff., sowie die unten Anm. 49 bezeichneten Schriften von Gabrielius und P. A. de Petra.

[35]) l. 3 D. 1, 14 Nr. 24, 36.

Digitized by Google

Princeps ex causa potest res alterius privati auferre, sed non sine causa. Et iusta causa dicitur, quoniam fit propter publicam utilitatem.

Quando princeps aufert res privatorum propter publicam utilitatem, tenetur pretium solvere.

Was nun unter dem, die Entschädigungspflicht nach sich ziehenden „auferre" zu verstehen ist, lehren die von Jason[36]) angeführten typischen Fälle:

1. Rector civitatis potest de iure capere animalia privatorum causa mittendi frumentum in exercitum.

2. Licet officialis possit res privatorum auferre, tamen debet intelligi data mercede de publico.

3. Si civitas vult facere fossata per agrum alienum, tenetur ei solvere pretium.

4. Licet ex causa possit princeps auferre uni rem suam et alteri dare; tamen tenetur solvere pretium.

5. Si vasallus perdit feudum suum facto domini, tenetur dominus ei dare aliud feudum.

Diese Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der öffentlichen Gewalt — andere Beispiele führt Jason für die Geltung des Entschädigungsgrundsatzes nicht an — gehören sämmtlich dem oben abgegrenzten engeren Kreise der Expropriation an. Als letzter Schluß der postglossatorischen Weisheit und damit als Standpunkt des — rezeptionsreifen —[37]) gemein-italienischen Rechts muß also gelten: ein Ersatzanspruch zu Gunsten des durch rechtmäßige Anwendung der staatlichen Hoheitsrechte geschädigten Privatvermögens tritt ein im Falle der Ueberführung eines Privatgutes in das öffentliche Eigenthum oder in das Eigenthum einer dritten Privatperson; also in dem Falle staatlich angeordneter Uebereignung eines Vermögensgegenstandes. Das „auferre res privati" und damit der allgemeine Ersatzanspruch umfaßt den Kreis derjenigen staatlichen Maßregeln, die wir heute „Expropriation" nennen.

---

[36]) a. a. O. Nr. 27, 37—40. Alles das ist durch zahlreiche Citate als gemeine Meinung des Zeitalters (der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts) bezeugt. Dieselben Fälle bezw. Beispiele bei Menochius († 1607) a. a. O. cons. 103 N. 26, 29, cons. 156 N. 49, cons. 250 N. 98, cons. 721 N. 22—27, cons. 1206 N. 23 ff.

[37]) S. unten S. 43 ff.

Digitized by Google

In anderen Fällen der Vermögensbeeinträchtigung durch Staatshoheitsakte versagt das italienische Recht die Entschädigung.

I. Außerhalb der Ersatzpflicht stehen die Wirkungen solcher staatlichen Eingriffe, die im Gewande eines allgemeinen Gesetzes erscheinen. Der „lex generalis“ gegenüber cessirt der Entschädigungsanspruch.[38])

Die Entstehung dieses Rechtssatzes wird gewissermaßen vorbereitet durch die sich klärenden Vorstellungen über das Wesen der gesetzgebenden Gewalt und ihre Stellung im System des Staatsganzen.[39]) Vor Allem ist hier Bartolus zu nennen, dessen Betrachtungen über die Unanfechtbarkeit und damit die formelle Souveränetät der Gesetzgebungsakte bahnbrechend wurden.[40]) Bartolus unterstellt (im Sinne der antiken Staatslehre[41]) als wesentliches Begriffsmerkmal des Gesetzes das Moment der Allgemeinheit. Er geht darin so weit, daß er den vom Träger der gesetzgebenden Gewalt ausgehenden Individualakt für eine „iniquitas“ erklärt.[42]) Und er faßt seine Ansicht über die Appellabilität gesetzgeberischer Anordnungen, über die Rechtskontrolle der gesetzgebenden Gewalt dahin zusammen: sic puto dicendum: Aut statutum seu constitutio fit contra certam personam: et potest appellari . . . Aut fit generaliter: et non potest appellari.[43]) In einer anderen Wendung erscheint derselbe Gedanke bei Baldus.[44]) Er führt aus, daß durch Staatsverträge, welche die Herrscher miteinander schließen, die Individualrechte der beiderseitigen Unterthanen

---

[38]) Vgl. vorläufig die von Gierke Althus. S. 270 u. 16 citirten: Decius, Jason, Paris de Puteo, Antonius de Rosellis.

[39]) — bezw. des „souveränen Gemeinwesens“ (Gierke III S. 381 u. ff.) überhaupt. Der Begriff der „universitas superiorem non recognoscens“ zuerst von Bartolus aufgestellt; dann „mehr und mehr mit den römischen Attributen des Staates ausgestattet“ (Gierke a. a. O.).

[40]) Bartolus ad l. omnes populi — l. 9 D. 1, 1 — bes. Nr. 53.

[41]) Jellinek, Gesetz u. Verordng. S. 37—40.

[42]) Bartolus a. a. O. Schärfer noch Menochius consil. 250 Nr. 95, 98; der legislative Individualakt (lex particularis, si quando princeps lege vel statuto aufert ius et rem alicuius certae personae) verdiene nicht einmal den Namen des Gesetzes.

[43]) Damit ist bereits (bisher kaum beachtet!) der rechtliche Gesichtspunkt erreicht, von dem aus Jahrhunderte später, bes. von den preußischen Juristen des 18. Jahrhunderts, die Zulässigkeit von „Machtsprüchen“ des Souveräns so lebhaft bekämpft wurde: Stoelzel, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung II S. 15. Vgl. oben St. I S. 17 Anm. 40*.

[44]) Baldus ad l. 4 (Quicunque) C. 6, 1 Nr. 27.

Digitized by Google

grundsätzlich nicht berührt werden. Anders sei dies bei Verträgen, welche nicht sowohl als „compositiones dominorum“ wie als „compositiones universorum“ erscheinen, d. h. die „per generale statutum populi“, — „durch ein Gesetz“ würden wir sagen — bestätigt sind. In solchem Falle gelte einfach das Prinzip der Unterordnung alles privaten Interesses unter das allgemeine Wohl: „ea, quae communiter omnibus prosunt, praeferuntur specialium personarum commodis.“ Noch deutlicher erscheint die Souveränetät der Legislative bei Jason:[45] „per generale statutum populi .... potest praeiudicari iuri et rebus privatorum.“ Und daran ist dann die weitere Folgerung geknüpft, daß der Einzelne, welcher dergestalt durch ein Gesetz[46] in seinen Rechten und Vortheilen „präjudizirt“ werde, auch nicht einmal Entschädigung fordern könne: „Princeps ... quando faceret legem generalem, cuius occasione auferrentur bona privatorum: tunc ibi non requiritur resolutio pretii.“[47]

Diese — schon im 15. Jahrhundert von Paris de Puteo und Antonius de Rosellis[48] vertretene — Ansicht wurde durch und seit Jason im 16. Jahrhundert unbedingt herrschend.[49] Der Satz:

---

[45] ad l. 3 (Barbarius) D. 1, 14 Nr. 26.

[46] Gemeint ist immer ein allgemeines Gesetz. Legislative Individualakte, durch welche „res privati aufertur“, stehen der Expropriation gleich; also Entschädigung. Jason a. a. O. Nr. 44; Menochius cons. 250 Nr. 98.

[47] a. a. O. Nr. 44.

[48] oben Anm. 38.

[49] Sie wurde mit Nachdruck vertreten von Decius, cons. 520 und bes. von Menochius; s. die oben Anm. 36 cit. Stellen, namentlich cons. 250 Nr. 95, 98 (nebst Citaten); cons. 604 Nr. 27; cons. 701 Nr. 88. — Als Beispiel für einen (entschädigungslosen) Eingriff führt Menochius (cons. 604 Nr. 27) an: statuere potest princeps, ne frumentum et reliquae fruges plus tanto pretio vendantur. Im scharfen Gegensatze dazu die Getreide-Expropriation gegen Entschädigung (unten S. 44).

Die im Text vorgetragene Ansicht auch in den beiden monographischen Behandlungen der Frage „Staatsgewalt und erworbene Rechte“ von Ant. Gabrielius, Communes conclusiones lib. III concl. 1—8, und Petr. Ant. de Petra, De iure quaesito non tollendo per principem. (Beide aus dem 16. Jahrh.; die Schrift Petra's, noch von Brunnemann, Comm. ad l. 11 D. 18, 6 als „celeber tractatus“ bezeichnet, genoß auch in Deutschland hohes Ansehen.) Voraussetzung des Ersatzanspruchs nach Petra (ed. Francof. 1610) S. 579 ff. (Nr. 33, 35): si princeps ex causa rem uni aufert et alteri dat. (Wieder der Uebereignungsgedanke!) Keine Entschädigung aber, si laedit ius tertii .... legem condendo generalem (S. 581 Nr. 42). Ebenso Gabrielius a. a. O. (ed. Francof. 1616) S. 308 Nr. 25, 26.

Digitized by Google

keine Entschädigung für die Folgen allgemeiner gesetzlicher Anordnungen entsprach dem positiven Stande des ausgebildeten gemein-italienischen Gewohnheitsrechts.

II. Weiterhin lehrten die Italiener den Fortfall des Ersatzanspruchs bei Kriegsschäden.

Die Zerstörung von Privateigenthum durch den Krieg ist ein vorzügliches Beispiel für die Eventualität von Vermögensbeeinträchtigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt. (Unten Studie III S. 71 ff.) Ob dergleichen Schäden aus gemeinen Mitteln zu vergüten seien, erwogen die Postglossatoren, soviel ich sehe, seit Baldus.

Baldus[50]) stellt die Kriegsschäden in Parallele mit den Benachtheiligungen, welche der Einzelne durch Akte der Gesetzgebung erleidet. Die Aufopferung von Vermögensobjekten der Unterthanen im Interesse militärischer Maßnahmen erscheint ihm justifizirt — ohne daß es noch einer Ausgleichung des angerichteten Schadens bedürfte — durch den im Befehle des Feldherrn ebenso wie im Gesetze selbst gegenwärtigen Willen der „universi", der souveränen Gesammtheit, voll repräsentirt durch den princeps.

Klarer wiederum (s. oben S. 41) kommt der Gedanke zum Ausdruck bei Jason,[51]) der die vom Militärbefehlshaber angeordnete Maßregel dem Gesetze geradezu gleichstellt, „quoniam officium ab universis est eis (nämlich den Befehlshabern) commissum". Darin zeigt sich bereits der Kernpunkt der oben, St. I S. 23 ff. vorgetragenen Gedanken über den gesetzmäßigen Verwaltungsakt; für die rechtliche Beurtheilung der Entschädigungsfrage ist es, grundsätzlich betrachtet, gleichgültig, ob der „Eingriff" durch ein Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgt. Dies haben die italienischen Juristen — ohne daß freilich aus Einzelentscheidungen ersichtlich ist, wie weit der Gedanke verallgemeinert (z. B. auf Polizeiverwaltungsakte angewendet) wurde, für den Spezialfall der Kriegsmaßregeln klar erkannt und den Ersatzanspruch hier folgerichtig versagt.[52])

[50]) s. die oben Anm. 44 cit. Stelle.

[51]) ad l. 3 D. 1, 14 Nr. 25, 26.

[52]) Jason a. a. O. Nr. 25, Angel. ad l. 13 § 1 D. 8, 4; Matth. de Afflict. decis. 361 Nr. 5. Analog behandelt Petra a. a. O. S. 585 die Assignation von Privatländereien an Soldaten (der in l. 11 D. 21, 2 erwähnte Fall). Die Nichtentschädigung der Beraubten wird mit dem weitherzigen Argument gerechtfertigt, im Bedürfnißfalle könne der princeps nicht nur Steuern erheben, sondern überhaupt zur Deckung des Staatsbedarfs „extendere manus ad res et pecunias privatorum."

Digitized by Google

Das Ergebniß der italienischen Rechtsentwickelung vom 14. bis zum 16. Jahrhundert dürfte dieses sein: ein Entschädigungsanspruch aus Vermögensbeeinträchtigungen durch legale Handhabung der Staatsgewalt ist positiv anerkannt nur für Fälle, in denen dem Eingriff in die Vermögenssphäre des Einen ein Rechtserwerb auf der andern Seite (des Staates oder eines Dritten) entspricht. Das sind die Fälle zwangsweiser Translation von Rechten: die Expropriation nach der heutigen Terminologie. Bezüglich der allgemeinen gesetzlichen Beschränkungen des Privateigenthums und bezüglich der durch die Kriegführung des Staates angerichteten Schäden ist ein den Ersatzanspruch verneinendes Gewohnheitsrecht nachgewiesen; für andere, nicht expropriative staatliche Eingriffe — z. B. polizeiliche Verfügungen — ist die positivrechtliche Anerkennung der Entschädigungspflicht nicht bezeugt.

---

4. Die gemeinrechtliche Entwickelung in Deutschland von der Rezeption bis zum achtzehnten Jahrhundert.

Auf der vorstehend geschilderten Entwickelungsstufe sind die von den Italienern in vermeintlicher Anlehnung an die römischen Quellen, in Wirklichkeit jedoch vollkommen selbständig entwickelten Rechtsnormen über Eingriff und Ersatzanspruch zunächst vorbehaltlos bei uns rezipirt worden.[53]) Und wie die italienischen Juristen zugleich Träger der Rechtstheorie wie des Rechts selbst waren, so legen auch die Schriften der deutschen Rechtsgelehrten des 16. Jahrhunderts und der Folgezeit Zeugniß ab nicht sowohl von dem Stande der Wissenschaft als von der lebendigen Rechtsüberzeugung des Volks, welches in diesem Betracht repräsentirt wurde durch seinen Juristenstand.

Das Gemeine Recht Deutschlands war und blieb zunächst Juristenrecht.[54])

Die Aufnahme der oben dargestellten italienischen Doktrin in Deutschland ist zunächst bezeugt durch die wichtigen Schriften der „Kameralisten", namentlich Mynsinger's und Gaill's;[55]) wichtig

---

[53]) Für die vorliegende Materie trifft das Urtheil Sohm's (Grünhuts Ztschr. I S. 258), daß im 16. Jahrhundert nicht das corpus iuris, sondern das gemein-italienische Recht des 15. Jahrhunderts rezipirt worden sei, vollkommen zu. Ebenso Gierke III S. 646.

[54]) Darüber: Stintzing, Gesch. d. deutsch. Rechtswiss. I S. 652 ff.; II S. 6 ff.

[55]) Ueber beide Gierke III S. 681, 696 Anm. 26.

Digitized by Google

deshalb, weil sie die Praxis des obersten deutschen Gerichtshofs, des Reichskammergerichts, wiedergeben. In völliger Abhängigkeit von den Italienern und unter fortwährender Berufung auf deren Autorität entwickeln Mynsinger, Gaill u. A. den bekannten Satz, daß der princeps[56]) „ex iusta causa“ und gegen Entschädigung in das Privateigenthum der Unterthanen eingreifen dürfe. Daß aber das hiermit scheinbar ganz allgemein aufgestellte Entschädigungspostulat ganz wie im italienischen Recht nur für die Eingriffe expropriativen Charakters gelten soll, beweisen wiederum die Exemplifikationen. So folgt bei Mynsinger[57]) auf den Leitsatz: „regulariter nemo cogi potest rem vendere propriam“ sogleich die Limitation mit dem (einzigen) Beispiel: „Tamen multi sunt casus, in quibus praedicta regula cessat ... videlicet si civitas vel res publica aliqua prematur annonae inopia, tunc etsi quis merces venales non exposuisset, nec eas publice venditioni obtulisset, nihil ominus ad vendendum compelli potest ... et quidem iusto pretio a principe vel magistratu definito.“ — Ausführlicher als Mynsinger beschäftigt sich Gaill mit der vorliegenden Frage.[58]) Grundsätzlich scheint auch er Entschädigung für jeden Eingriff der Staatsgewalt in erworbene Rechte zubilligen zu wollen;[59]) in Wirklichkeit restringirt er jedoch diese Forderung wie seine Vorgänger auf die Fälle der Expropriation.[60])

---

[56]) Als „Staat“ wurde ursprünglich nur das Reich anerkannt und die Machtstellung des princeps demgemäß nur dem Kaiser eingeräumt. Schon im 16. Jahrhundert aber errang sich der Satz Geltung: quidquid Imperator facere potest in toto Imperio, id quilibet Status (Reichsstand, einschl. der freien Städte) facere potest in suo territorio (v. Gerber, Ges. jur. Abhandl. S. 472, bes. aber Gierke III S. 693 ff.).

[57]) Mynsinger, Singul. observ. (ed. Helmst. 1584) Cent. V obs. 27 (cf. obs. 97). Dem Referat bezw. der Entscheidung ist hinzugefügt: hoc communiter tenetur. Dann Citate aus Bartolus, Jason u. A.

[58]) Gaill, Practicarum observationum ... libr. II (ed. Col. Agr. 1578). l. II obs. 56, 57.

[59]) a. a. O. obs. 56 Nr. 8 ff.

[60]) Beispiele (obs. 56 Nr. 2 ff.): Zerstörung eines Hauses im öffentlichen Interesse; Enteignung von Grundstücken zur Erweiterung der Festungswerke. — Keine Entschädigung jedoch, wenn ein Haus im Kriege zerstört wird (vgl. nächste Anm. und Anm. 64). Ebensowenig in den beiden, von Gaill (a. a. O. Nr. 5, 6) als fernere Beispiele für Eingriffe ex iusta causa angeführten Fällen: Anwendung eines statutum laicorum auf Geistliche, und Besteuerungsakte. Gaill erwähnt zwar die Entschädigungsfrage in diesem Zusammenhange nicht; ihre Verneinung ergiebt sich aber in den beiden letztgedachten Fällen aus der

Digitized by Google

Er verneint den Ersatzanspruch bei Kriegsschäden[61]) und stellt schließlich noch den sehr weitgehenden Satz auf: „non tenetur tamen princeps refundere vel persolvere iustum pretium, si velit uti absoluta potestate".[62]) Zu den der absoluta potestas (sonst meist plenitudo potestatis genannt) entfließenden, d. h. unmittelbar aus der Souveränetät des Staates (bezw. nach der damaligen Anschauung: des Herrschers) abzuleitenden Akten gehören, obwohl dies Gaill nicht ausdrücklich sagt, jedenfalls auch die Gesetze, — sodaß die Ansicht Gaill's sich lediglich als eine Erweiterung der italienischen Lehre darstellt, wonach der Ersatzanspruch bei Akten der Gesetzgebung cessirt. (Oben S. 40 ff.) Danach also kein Entschädigungsanspruch wegen einer gesetzlichen Anordnung, welche die Intestatportion der Kinder verringert.[63]) Als Funktion der höchsten Staatsgewalt, der plenitudo potestatis erscheint bei Gaill auch die Kriegführung und ergiebt sich daher schon hieraus die Negation der Entschädigungspflicht bei Eingriffen in das Vermögen der Unterthanen durch militärische Maßregeln (Niederbrennung der Festungsvorstädte auf Befehl des Kommandanten).[64])

Gegen diese Sonderstellung der Souveränetätsakte des Herrschers, überhaupt gegen den Begriff der plenitudo potestatis, sowie insbesondere gegen die Schutzlosigkeit der erworbenen Rechte gegenüber der Gesetzgebung erhob sich indessen lebhafter Widerspruch. Hervorzuheben ist hier besonders Zasius.[65]) Aus seinen Gedankengängen,

Natur der Sache. — So bleibt denn, nach Abzug der in den folgenden Anm. 61—64 bezeichneten Maßregeln, wieder nur die Expropriation als „anspruchserzeugender Staatsakt" (s. unten Studie III S. 86 ff.) übrig.

[61]) a. a. O. obs. 56 Nr. 17, 18; obs. 57 Nr. 1 ff.

[62]) obs. 56 Nr. 13. — Gegensatz zur potestas absoluta die potestas ordinaria. In der Antithese (vgl. darüber Gierke, Althus. S. 267, 281 ff.) offenbart sich bereits der Gedanke der Gewaltentheilung. „Plenitudo potestatis" ist die über dem Recht und allen Gesetzen stehende Souveränetät der Staatsgewalt, „potestas ordinaria" die dem Gesetz unterworfene Regierungsgewalt. Die Scheidung deckt sich weniger mit der modernen Gegenüberstellung von Legislative und Exekutive als mit der römischen zwischen „Souveränetät und Magistratur" (Gierke III S. 52).

[63]) a. a. O. l. II obs. 122 Nr. 11, 12.

[64]) obs. 56 Nr. 18; vgl. auch das. Nr. 17: quia talis actus (Akt der Kriegshoheit) non potest explicari sine plenitudine potestatis.

[65]) Ueber seine staatsrechtlichen Grundanschauungen im Allg.: Gierke III S. 680, Althusius S. 292 Anm. Hier kommen von Schriften des Zasius wesentlich in Betracht: (Opera omnia, ed. Lugduni 1550) Consil. l. II cons. 10 Nr. 7 ff.; Lectur. ad l. 50 D. 15, 1; l. 31 D. 1, 3 (l. Princeps); l. 23 pr. D. 41, 2.

Digitized by Google

die sich freilich fast ausschließlich mit der Zulässigkeit des Eingriffs in erworbene Rechte beschäftigen und über die Stellung des Verfassers zur Entschädigungsfrage (bei zulässigen Eingriffen der Staatsgewalt)[66]) nur ungenügend Klarheit verbreiten,[67]) geht gleichwohl hervor, daß Zasius den Umfang der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflicht sehr viel weiter zu ziehen geneigt ist, wie das italienische Recht und die durch Gaill bezeugte Praxis des Reichskammergerichts. Wie weit, — das läßt sich auch nicht mit annähernder Genauigkeit beurtheilen. Daher ist auch ein abschließendes Urtheil über die Richtigkeit der Behauptung Gierke's (Althus. S. 291, 292 u. Anm. 69), Zasius habe „unter allen Umständen" Entschädigung bei Eingriffen der Staatsgewalt in iura quaesita gefordert, kaum möglich.[68]) Wenn nun immerhin zugegeben werden muß, daß die Theorie und Praxis des 16. Jahrhunderts sich der Erweiterung des Ersatzanspruchs über den Kreis der Expropriationsfälle hinaus hie und da geneigt zeigte,[69]) so kann doch von der Befestigung eines deutschen Gewohnheitsrechts,

[66]) Lect. ad l. Princeps (31 D. 1, 3) Nr. 18; vgl. auch Nr. 16, 17.

[67]) Als zulässige Eingriffe der Staatsgewalt in die Vermögenssphäre der Unterthanen führt Zasius (vgl. die vorstehend cit. Lect. ad l. Princeps Nr. 18) an: Bewilligung eines Moratoriums durch den princeps, Konzession einer baulichen Herstellung in loco publico „cum tuo incommodo", Gewährung des Appellationsrechts trotz abgelaufener Frist, Legitimation eines spurius „exstante alias prole legitima", Expropriation, Kriegsschäden, Zurücknahme von Privilegien und gnadenweisen Zuwendungen. Bei Erörterung dieser Fälle ist die Entschädigungsfrage (soweit sie nach der Natur des betr. Falles überhaupt aufgeworfen werden könnte) mit keinem Worte erwähnt.

[68]) Gegen Gierke's (und G. Meyer's — R. d. Expropr. S. 116 ff. —) Ansicht spricht sich aus: Hancke, Bodin (Untersuchungen z. deutsch. St. u. Rechtsgesch. Heft 47) S. 38 u. Anm.

[69]) Vgl. z. B. das interessante und ausführliche Rechtsgutachten des Modestinus Pistoris (aus Leipzig), Consiliorum s. Responsorum vol. I, cons. 16. Thatbestand: Der Kommandant der belagerten Festung F. läßt im Jahre 1552 „umb gemeiner Stad bestes willen vnd damit die Stad vor dem Feinde erhalten werden möchte", das Haus eines Bürgers niederbrennen. Die Frage: „ob nicht der Rat oder je die Stadt F. gemeldtem Bürger, deme der hoff abgebrand, solchen schaden zu erstatten schuldig" wird, nachdem in eingehenden Deduktionen erwogen ist, daß dem Geschädigten keine der römischen Klagen, — weder die actio leg. Aquil., noch das interd. q. vi aut clam, das interd. de incend. min., noch die lex Rhodia de iactu; überhaupt „keine sonderliche lex oder constitution" zur Seite stehe, — schließlich aus Billigkeitsgründen bejaht und (unnöthige civilistische Gewissenhaftigkeit!) zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs eine „actio ex variis figuris causarum" ad hoc konstruirt.

Digitized by Google

welches in der Gewährung publizistischer Entschädigungsansprüche nachweisbar weiter ginge, als das zunächst rezipirte italienische Recht, nicht die Rede sein.

Es fragt sich nun, ob ein solches, den mos Italus abänderndes Gewohnheitsrecht *später*, nach Abschluß der Rezeptionszeit, entstanden und erhalten geblieben ist. O. Mayer (s. das Citat oben, Anm. 7) behauptet dies in folgendem Umfange: der Satz, daß der Staat Entschädigung schulde für die *besonderen Opfer*, die er auferlegt, sei in die gemeinsame Rechtsüberzeugung und Rechtsübung aufgenommen worden, „sobald der Staat anfing, lebhafter sich zu regen und häufiger solche Opfer zuzumuthen." „Das römische Recht gab kein Vorbild; ein deutsches Gewohnheitsrecht bildete sich aus, *zunächst* für die Ausübung des *ius eminens*, dann *von selbst verallgemeinert*." — Die Entstehung dieses, an den Begriff des ius eminens sich anlehnenden Rechtssatzes wäre hiernach in das siebzehnte Jahrhundert zu setzen.[70]) Wie weit die „Verallgemeinerung" bis heute gediehen ist, davon wird weiter unten die Rede sein; vorerst sind die früheren Entwickelungsstadien des behaupteten Gewohnheitsrechts zu untersuchen.

Ist nun die Ansicht O. *Mayer's*, daß ein allgemeiner Entschädigungsanspruch aus der Handhabung des „ius eminens" (vgl. schon oben S. 22, 23 und Anm. 58) bestanden habe, richtig? Eine zweifelsohne sehr weittragende Behauptung! Denn — wenn auch „ius (dominium) eminens" bei H. *Grotius*, dem Vater dieses Rechtsbegriffs, wesentlich nur das *Enteignungsrecht* bedeuten mag, so erweiterte sich doch der Begriff bei den späteren Schriftstellern des 17. Jahrhunderts zu einer immer umfassenderen Kategorie, welche „alle der

---

Einen nicht expropriativen Eingriff des princeps zeigt ferner ein Gutachten des *Goeddaeus* (1555—1632), in Consilia Marpurgensia, vol. IV cons. 38 Nr. 92 ff. (der gleiche Fall nochmals entschieden im cons. 40 das.) — A. besitzt eine Mühle, für welche er vermöge unvordenklicher Zeit das Recht des Mahlzwangs erworben hat. Nun versucht B. im Gebiete dieses Zwangsrechts eine neue Mühle zu bauen und erwirkt auch, nachdem A. mit Civilklage gedroht hat, ein landesherrliches Reskript, welches die Errichtung der neuen Mühle genehmigt. Die Frage, ob B., in dessen Interesse die neue Konzession ertheilt ist, den A. wegen Schmälerung seines Zwangsrechts entschädigen müsse, wird, unter Berufung auf eine „frequentior et aequior doctorum sententia" (also nicht „communis opinio"!) bejaht.

[70]) — d. h. eben die Zeit, in welcher der Staat, wenigstens der deutsche Territorialstaat, „anfing, lebhafter sich zu regen". Zugleich auch die Entstehungs- und Blüthezeit des „ius eminens".

Digitized by Google

Staatsgewalt als solcher über die Sachenwelt[71]) zugeschriebenen Befugnisse, einschließlich Privatrechtsgesetzgebung, Besteuerung, polizeiliche Beschränkung u. s. w., in sich aufnahm" (Gierke, Althus. S. 295 Anm. 77). Diese Dogmengeschichte des ius eminens ist im Grunde nur das Spiegelbild der rechtsgeschichtlichen Entwickelung, welche von der Landeshoheit zur Staatsgewalt führt. Ein „Ersatzanspruch aus der Handhabung des ius eminens" wäre also nichts mehr und nichts weniger als die Ausdehnung der Entschädigungspflicht auf alle vermögensbeeinträchtigenden Eingriffe der Staatsgewalt.

Es fragt sich nun aber, inwieweit mit dem Sichausweiten der Landeshoheit zur Staatsgewalt, inwieweit mit der Extension des ius eminens auch die Ausdehnung des ursprünglich nur für Expropriationsakte berechneten Ersatzanspruchs gleichen Schritt gehalten hat.

Das Postulat der staatlichen Entschädigungspflicht beim „dominium supereminens" trägt H. Grotius mit folgenden Worten[72]) vor: „Sed hoc quoque sciendum est: posse subditis ius etiam quaesitum auferri per regem duplici modo, aut in poenam, aut ex vi supereminentis dominii, sed ut id fiat ex vi supereminentis dominii primum requiritur utilitas publica, deinde, ut, si fieri potest, compensatio fiat ei, qui suum amisit, ex communi". Also: Schadloshaltung, „si fieri potest", desjenigen, der durch Handhabung des „dominium supereminens" ein erworbenes Recht hat aufopfern müssen. Welche Staatshoheitsakte fallen nun aber unter den Begriff des dominium supereminens? Die Strafjustiz nicht; das ist ausdrücklich gesagt („aut in poenam, aut . . .). Sicherlich gehört hierher das Enteignungsrecht. Aber auch die Kriegführung rechnet Grotius offenbar zum dominium supereminens; wenigstens will er — hierin

---

[71]) Auch über die „Personenwelt!" vgl. Chr. v. Wolff, Instit. iuris nat. et gentium (1750) § 1065: Unterscheidung zwischen dominium und potestas eminens; ersteres Gewalt über Sachen, letztere über Personen. Dieselbe Unterscheidung bei Pütter, Inst. iuris publ. (deutsche Ausg. 1791) § 260. Eine sehr weitgreifende Definition des ius eminens schon bei Bynkershoek, Quaest. iuris publici, l. II c. 15: (Ausg. Lugdun. 1752, S. 290) „illa potestas, qua princeps supra subditos eminet" . . . „Ex ea potestate bellum indicitur, pax pangitur, foedera ineuntur, tributa et vectigulia imperantur, subditi eorumque bona, etiam in solidum, obligantur, quia et occupantur res singulorum, si ita visum fuerit principi." Das gehört alles zum ius eminens! — Noch allgemeiner: Huber, De iure civitatis (1694) l. I sect. III cap. VI Nr. 37 ff., 47.

[72]) Grotius, De iure belli ac pacis l. II c. 14 § 7.

Digitized by Google

von der communis opinio der Rezeptionszeit[73]) und den meisten späteren Schriftstellern[74]) abweichend — auf die Gesammtheit der Bürger[75]) repartirt, d. h. der Staatskasse zur Last gelegt wissen. Etwas näheres über die Begrenzung des Ersatzanspruchs aus der Handhabung des dominium supereminens ist aus Grotius' Ausführungen nicht zu ersehen, doch läßt sich aus einer andern Stelle seines Werkes schließen, daß er mindestens die Reflexwirkungen allgemeiner Gesetze nicht in den Kreis der Entschädigungsfälle einbeziehen, sich also hierin dem rezipirten italienischen Recht anschließen will.[76]) Das würde auch im Einklange stehen mit der allgemeinen, auf die Vorstellung des Gesellschaftsvertrages gebauten, Anschauungsweise des Naturrechts, wonach der Rechtsgrund des Ersatzanspruchs erblickt wird in der Prägravirung des Einzelnen (z. B. des Expropriaten) über seine allgemeine gesetzliche („sozialkontraktliche") Verpflichtung hinaus. (Oben S. 12, 13, 20ff.)

Deutlicher als bei Grotius erscheint die Grenze der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflicht bei Grotius' Landsmann und Nachfolger Bynkershoek.[77]) Was dieser Schriftsteller alles zum dominium eminens (von ihm imperium em. genannt) rechnet, ist bereits erwähnt (oben Anm. 71). Imperium eminens ist hier bereits der Inbegriff aller Gewalt des Staates über den Einzelnen und sein Eigenthum. Daß die staatliche Entschädigungspflicht nicht so weit reichen kann, wie die Eingriffsgewalt selbst, ist aus den bekannten Gründen ohne weiteres einzusehen; man denke nur an das ebenfalls als Ausfluß des imperium eminens konstruirte Besteuerungsrecht. Wo ist die Grenze? — Bynkershoek zieht sie mit den bemerkenswerthen Worten:[78])

[73]) S. oben S. 42, 45 u. Anm. 61. Dazu noch der hochangesehene Ferd. Vasquius (Vasquez), welcher die Ersatzpflicht bei Kriegsschäden ebenfalls verneint (Controversiarum illustr. libri III, ed. nova 1572, l. I c. 4 § 11). Gegen ihn Grotius, l. III c. 20 § 8. Mit Grotius übereinstimmend Mod. Pistoris in dem oben Anm. 69 angef. Gutachten.

[74]) Unten Anm. 82.

[75]) a. a. O. l. III c. 20, § 8, — qui cum socii sint (nämlich die Bürger), aequum est, ut communia habeant damna, quae societatis causa contingunt". Man beachte die Schlußfolgerung aus der Präsumtion des Gesellschaftsvertrages; (oben S. 20ff.)

[76]) a. a. O. l. III c. 19 § 7. Daselbst ist das Recht der Gesetzgebung (ius legis constituendae) von dem dominium supereminens ausdrücklich geschieden und ihm als Majestätsrecht eigener Art gegenübergestellt.

[77]) Quaestiones iuris publici l. II c. 15; Ausgabe Lugd. 1752 S. 290ff.

[78]) a. a. O. S. 296.

Digitized by Google

„ex quacunque causa“ — (vorher ist erörtert, ob ein Eingriff in erworbene Rechte nur durch „necessitas„ oder schon durch „utilitas“ publica gerechtfertigt werde) — res vel actiones subditorum ad bonum publicum occupantur vel destruuntur, aequum et iustum est, quod addit Grotius d. l. [79]) pretium esse resarciendum.

Voraussetzung des Ersatzanspruchs soll also nach Bynkershoek und Grotius, wie jener diesen verstand, sein die Besitznahme oder Zerstörung von Vermögensobjekten (einschließlich der Forderungen, „actiones“) durch den Staat im Gemeininteresse;[80]) keineswegs die übrigen, weitergehenden Machtäußerungen auf Grund des imperium eminens, wie etwa die gesetzlichen Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit, des Grundeigenthums im Festungsrayon.[81]) Auch bei diesen Schriftstellern zeigen sich also die Ansätze für Erfassung der Expropriation als eines abgeschlossenen, vor anderen Unterarten des ius eminens mit dem Ersatzanspruch als mit einer spezifischen Eigenschaft bekleideten Rechtsinstituts.

Nach alledem würde man fehlgehen, wollte man aus den oben angeführten, so auffallend allgemein gefaßten Sätzen des Grotius ohne weiteres einen Rückschluß machen auf den Stand des positiven Rechts. Bei aller fast unbezweifelter Autorität, welche Grotius gerade auch im Gebiete des deutschen öffentlichen Rechts auf lange Zeit hinaus genoß, ist doch seine Ansicht über die öffentlichrechtliche Entschädigung nicht, wie dies O. Mayer (s. oben) annimmt, verallgemeinert, sondern restringirt worden.

I. Einmal drängen sich die Grenzen des allgemeinen Ersatzanspruchs sowohl in der publizistischen Theorie wie in der Rechtsanwendung stets wieder von neuem auf. Namentlich hat sich die Entschädigungspflicht des Staates bei Kriegsschäden niemals gewohnheitsrechtlich be-

---

[79]) Gemeint ist die oben S. 48 im Wortlaut wiedergegebene Stelle.

[80]) Wozu Bynkershoek, wie sein Vorbild Grotius, auch die Kriegsschäden rechnet (Bynkershoek a. a. O. S. 296, 297), z. B. die Fällung eines Gehölzes in der Umgegend einer Festung auf Anordnung des Befehlshabers. Doch befand sich Bynkershoek, wie er selbst zugiebt, mit der Praxis der Gerichte nicht durchweg im Einklang. Ueber abweichende Meinungen in der publizistischen Litteratur s. unten Anm. 82.

[81]) Der Staat darf ohne Entschädigung, „terminos ponere commerciis“: Carpzov, Decisiones illustres Saxon. (Lips. 1646) decis. 4. Keine Entschädigung, „si qua lege (Rayongesetz!) vetitum sit, prope urbem aedificare“; Bynkershoek a. a. O. S. 297.

Digitized by Google

festigen können.[82]) Nicht so leicht erkennbar ist der Standpunkt der gemeinen Meinung betreffs der Entschädigungspflicht bei Akten der inneren Verwaltung — „Polizei" im damaligen, weiteren Sinne — außerhalb des Kreises der Expropriationsfälle. Es fehlt hier nicht an widersprechenden Ansichten. Schwerere, den Betroffenen in erheblicher Weise schädigende Eingriffe der Polizeigewalt, wie z. B. die Zerstörung verpesteter Häuser, stellte man der Expropriation gleich und versagte n solchen Fällen die Entschädigung nicht.[83]) Von solchen Ausnahmen abgesehen begann man sich darüber klar zu werden, daß der wirthschaftliche Schaden, den der Einzelne durch die Thätigkeit der Polizei gelegentlich erleidet — und man bestritt der Polizeigewalt keineswegs

---

[82]) Vasquez, Controv. illustr. l. I c. 4 § 11 (oben Anm. 73); Crusius, De dom. praeeminent (in Opuscula varia, 1668) c. 5; Ziegler, De iur. maiestatis (1681) l. I c. 40 Nr. 5; Hertius, Commentat. atque opuscul. vol. 2; (1737) Bd. I § 31 (der Eigenthümer muß den Kriegsschaden tragen nach dem Grundsatze casum sentit dominus). Alle diese Autoren lehnen eine allgemeine Entschädigungspflicht des Staates bei Kriegsschäden ab. Ausgenommen sind selbstverständlich formelle Expropriationen zu Befestigungszwecken; dies bes. hervorgehoben von den beiden Cocceji, Grotius, illustratus (ed. Sam. de Cocceji, 1744—47), zu Grotius l. III c. 20 § 7, quaest. 6. Aus der Praxis zwei widerstreitende Entscheidungen bei Struben, Rechtliche Bedenken (1772) Bd. I Bed. 92 und Bd. III Bed. 21. — Erster Fall: Als im Jahre 1759 die Belagerung der Festung Hameln erwartet wurde, ließ der Kommandant ein auf der Weser vorbeifahrendes Schiff anhalten, und die darin befindlichen Waaren für den Bedarf der bedrohten Stadt wegnehmen. Der Schiffer klagt (bei der Hannoverschen Justizkanzlei) auf Ersatz aus der Landeskasse, wird aber abgewiesen mit der Motivirung, daß die Aufopferung zwar zum Besten des Landes geschehen sei, Entschädigung dafür aber nicht verlangt werden könne, da die einzelnen Unterthanen solche „außerordentlichen Kriegslasten" herbeizuschaffen haben, sofern es nöthig sei. Dazu citirt u. A. Ziegler u. Hertius (s. oben), aber seltsamerweise (pro sententia) auch Grotius u. Bynkershoek, aus deren Ausführungen eine so weitgehende Ablehnung des Ersatzanspruchs sicherlich nicht folgt. — In der zweiten von Struben referirten Entscheidung wird dem X. Anspruch auf Entschädigung gegen die (von den Franzosen besetzte) Stadt Göttingen zugebilligt; man hat aus dem Hause des Klägers ein Lazareth für Verwundete gemacht. Die Bewilligung der Entschädigung ist hier aus der lex Rhodia de iactu gefolgert; unrichtig, wie schon 200 Jahre früher Mod. Pistoris erkannt hatte (oben Anm. 69). Das Argument aus der l. Rhodia ist heute völlig abgethan. O. Mayer, V. R. II S. 348 Anm. 5.

[83]) Ziegler, De iur. maiestatis (1681) l. I c. 4 § 14 (Niederbrennung eines infizirten Hauses); Pütter, Beyträge z. Teutsch. Staats- und Fürstenrecht Bd. I (1777) S. 357, 358 (Zerstörung eines Gebäudes zur Verhinderung der Ausbreitung einer Feuersbrunst).

Digitized by Google

das Recht, Freiheit und Eigenthum der Unterthanen im öffentlichen Interesse zu beschränken, — nicht allgemein und ohne weiteres als eine „Prägravation", als ein „besonderes Opfer" (oben S. 20ff., unten S. 60ff.) aufgefaßt werden darf, daß die Schadloshaltung des Betroffenen in solchen Fällen sich also auch „naturrechtlich", d. h. nach der Vorstellung des Sozialvertrages, nicht rechtfertigen läßt.[84]) Noch viel einleuchtender erscheint diese Erwägung bei den vermögensbeeinträchtigenden Wirkungen allgemeiner Gesetze. Eine de lege lata bestehende Pflicht des Staates, solche Schäden auszugleichen, ist denn auch in der hier betrachteten Epoche wohl von keiner Seite ernstlich behauptet worden.[85])

[84]) So besonders v. Berg, Handbuch des Teutsch. Polizeirechts (2. Aufl. 1802) I S. 89, 90: Beschränkung der „natürlichen Freiheit" ohne Entschädigung, Aufopferung „erworbener Rechte" nur gegen Entschädigung. Darin steckt wieder der Gegensatz zwischen Gesetzesanwendung und Expropriation. — Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang auch Sätze wie: „nemo suo iure privandus nisi in casibus lege expressis", (v. Ludewig, Consilia Halens. J. Ctorum (1733) I l. 1 cons. 279 Nr. 5, 6; ähnlich schon Consil. Tubingensia (1695ff.) S. 990 Nr. 81.), denn zu den „casus lege expressi" gehören doch auch die gesetzlichen Befugnisse der Verwaltungsbehörden. Z. B. das Recht, trotz entgegenstehender zünftiger Untersagungsrechte gewerbliche Konzessionen „in praeiudicum" der Zunft zu ertheilen; vgl. außer dem bereits oben Anm. 81 erwähnten Carpzov noch Mevius, Iurisdictio Summi Trib. Vismar. (ed. tertia, 1681) P. I decis. 56, Struben, rechtl. Bed. (1772) Bd. IV Bedenk. 21, Goenner, Teutsch. Staatsr. (1804) S. 624 Anm. 1 („wider den Landesherrn giebt es keine geschlossenen Zünfte").

[85]) Vgl. oben S. 49 und Anm. 81; auch die am Schluß vor. Anm. Citirten gehören hierher. Ferner Huber, De iure civitatis (1694) l. I sect. III Nr. 37ff., 47: die Staatsgewalt (üblicher Weise dominium eminens genannt) „limitat ac gubernat dominia privatorum . . . Ex hac ratione defenduntur innumerae leges, quae duritiem et iniquitatem contra singulos utilitate publica rependunt". Noch klarer Pütter, Beiträge (1777) Bd. I S. 360: bei Gesetzgebungsakten, vermöge deren „in der Landesverfassung solche Veränderungen vorgehen, wodurch einzelne Gerechtsame von selbsten unnütz oder abgeändert werden", müsse die Entschädigungsfrage jeweils de lege ferenda besonders erwogen werden. — Die Aufhebung einzelner Privilegien rechnete man nicht zur gesetzgebenden Gewalt, sondern faßte sie als Expropriation auf; daher hier die Entschädigungsfrage meist bejaht: Ziegler, De iur. maiestat. l. I c. 12 Nr. 12, 13; Selectiores Consultationes . . . academiae Gryphiswaldensis (1741), respons. 117 Nr. 19, Just. Herm. Boehmer, Introd. in ius publ. (1726) Pars spec. l. II c. 3 § 62—64. Letzterer Autor etwas reservirt: „non excluditur satisfactio"; (a. a. O. § 64 n. K.). — Keine Entschädigung bei Aufhebung eines Steuerprivilegs: Consil. Tubingensia, S. 1546 Nr. 89, beim Eingriff in das Jurisdiktionsrecht eines Grundherrn:

Digitized by Google

II. Die von Grotius behauptete Rechtsregel, daß der Staat sich bei jedem Eingriff in iura quaesita ersatzpflichtig mache,[86]) wurde aber nicht sowohl durch Ausnahmen eingeschränkt, sondern vielmehr in ihrer Geltungskraft selbst erschüttert. In ihrer Geltungskraft als Rechtssatz. Die Stimmen mehren sich, welche jene Regel aus dem Kreise der positiven Rechtsnormen verbannen und ihr nur die Eigenschaft einer ethisch-politischen Maxime für den Gesetzgeber zuerkennen wollen, aus welcher der Einzelne ein subjektives Recht niemals herleiten kann.[87])

In welchem Umfange nun diese Maxime befolgt, inwieweit das Postulat der staatlichen Entschädigungspflicht in eine Norm des Gemeinen deutschen Rechts umgesetzt worden ist, das ist wieder und wieder hier die Frage. Die Antwort hierauf kann nach eingehender Prüfung

---

Consil. Marpurg., vol. III consil. 19, Nr. 130ff. (Vultejus). Letztere Entscheidungen im Sinne der ältesten, alle Privilegien „ad nutum principis" stellenden Theorie; vgl. darüber Gierke, Althus. S. 272, Genoss. R. III S. 667, 702. Das preußische A. L.R. hat sich der letzteren Privilegientheorie nicht angeschlossen und läßt demgemäß die Expropriation von Privilegien nur gegen Entschädigung zu; s. unten Studie III S. 70, 114ff. — Bezüglich der legislativen Eingriffe in Privilegien hat sich dann im 19. Jahrhundert die gemeinrechtliche Anschauung abermals gewandelt: unten S. 59 und Anm. 100.

[86]) Dieser Satz ist ganz schablonenhaft wiederholt noch bei Haeberlin, Handb. d. Teutsch. Staatsr. (1794) Bd. I S. 386 und Leist, Lehrb. d. Teutsch. Staatsr. (1803) § 86.

[87]) Diese Auffassung verstand sich von selbst für diejenigen (Hobbes und seine Anhänger), welche die Möglichkeit von Rechten der Unterthanen gegen die Staatsgewalt überhaupt bestritten; vgl. über diese Richtung Gierke, Althus. S. 293 u. Anm. 72. Von deutschen Publizisten gehört namentlich Horn hierher (Gierke a. a. O. S. 70, 71). Er stellt — Politicorum pars architectonica de civitate [1664] l. II c. 4 Nr. XX — als Rechtssatz gerade die Negation des Entschädigungsgrundsatzes auf. Geltendes Recht sei, „Principem ad iusti pretii solutionem non teneri". Inwieweit der Herrscher bei Eingriffen in die Vermögenssphäre der Unterthanen aus Billigkeitsgründen gleichwohl Entschädigung gewähren wolle, sei seinem Ermessen anheimgestellt. — Aehnlich schon vor Horn: Conring, De finibus Imperii Germanici (1654) cap. 19 S. 351: „In omni societate, etiam maxime civili, quilibet saluti publicae est obstrictus et re et corpore. Sarcit quidem acceptum damnum res publica si potest, at magis in praemium quam ex debito. Itaque si non potest, necessum est, ut pars quaeque ferat quod mutari non potest, ob reliqui corporis salutem." Aber auch „liberaler" gesonnene Schriftsteller theilten in diesem Punkte die Meinung der Staatsabsolutisten; so Huber, De iure civitatis l. I sect. III c. 6 Nr. 44, Hertius an der Anm. 82 cit. Stelle, vor Allem aber der hochangesehene Samuel von Pufendorf, De iure nat. et gentium l. VIII c. 5, § 7.

Digitized by Google

alles erreichbaren Materials für den hier untersuchten Zeitraum, das 16. bis 18. Jahrhundert, nicht anders lauten als das Urtheil, welches — oben S. 43 — über den Standpunkt des rezipirten italienischen Rechts gefunden wurde. Die Bildung eines deutschen Gewohnheitsrechts ist mit Sicherheit, d. h. durch die Thatsachen allseitiger Uebereinstimmung der Rechtsgelehrten und konstanter Anwendung des Satzes in der Praxis, nachgewiesen nur für den Fall der Expropriationsentschädigung. Es ist bezeugt das Dasein eines ungeschriebenen Rechtssatzes des Inhalts, daß der Staat den Unterthanen zwingen darf, sein Eigenthum im Gemeininteresse an die Gesammtheit (das öffentliche Gut) oder an eine dritte Privatperson gegen Erstattung des Werthes abzutreten.[88])

Ein weitergehendes Gewohnheitsrecht, welches den Staat zur Ausgleichung der „Staatsschäden" im Allgemeinen, insonderheit der Kriegs-, Justiz- und Polizeischäden, nöthigte, hat sich in Deutschland nicht befestigen können.

In voller Uebereinstimmung mit dem Ergebniß der gemeinrechtlichen Entwickelung wollte man auch bei der Kodifikation des preußischen Rechts am Schlusse des 18. Jahrhunderts die öffentlichrechtliche Entschädigung einschränken auf den Kreis der expropriativen Eingriffe, einschließlich der Privilegienentziehung (oben Anm. 85 a. E.). Wie diese ursprüngliche Absicht der Landrechtsredaktoren vor der Sanktion des Gesetzbuchs zu Gunsten der naturrechtlich-individualistischen Zeitströmung geändert wurde, wie demgemäß die staatliche Entschädigungspflicht in einer viel weitergehenden Verallgemeinerung in das Allgemeine Landrecht gelangte, um dann durch die spätere Gesetzgebung wiederum eine scharfe Restriktion zu erleiden, — alles das bleibt späterer Darstellung[89]) vorbehalten.

5. Das neunzehnte Jahrhundert.

Wer dem bisher betrachteten rechtsgeschichtlichen Entwickelungsgange in seinem weiteren Verlaufe bis zur Gegenwart folgt, der findet im 19. Jahrhundert die früheren Grundlagen und Voraussetzungen, sozusagen den historischen Hintergrund des Entwickelungsbildes, in wesentlichen Punkten verändert. Zweierlei ist hier vornehmlich zu beachten.

[88]) Die geschichtliche Entwickelung des Enteignungsrechts nach der Rezeptionszeit ist dargestellt bei G. Meyer, R. d. Expropr., bes. S. 117 ff., 130 ff., 137 ff.

[89]) Unten S. 67 ff., 71 ff.

Digitized by Google

1. Kodifikation des Enteignungsrechts. — Das Juristenrecht wird abgelöst vom Gesetzesrecht, und zwar, da nach Auflösung des heiligen Reichs ius commune scriptum nicht mehr erzeugt werden konnte, vom Gesetzesrechte der deutschen Einzelstaaten. Die deutsche Landesgesetzgebung hat sich nun, von den Civilgesetzbüchern Preußens und Oesterreichs angefangen, mit Eifer dem Expropriationsrecht gewidmet. In allen deutschen Staaten sind Voraussetzungen, Formen und Wirkungen der Expropriation durch besondere Gesetze geregelt worden.[90]) Fügen wir hinzu: erschöpfend geregelt worden. Die Partikulargesetzgebung hat das frühere, auf ungeschriebener Grundlage ruhende, gemeindeutsche Enteignungsrecht, dieses Produkt einer vielhundertjährigen Geistesarbeit ausländischer und deutscher Juristen, kodifizirt und damit zugleich absorbirt. Es handelte sich eben, hier wie anderwärts, darum, die gemeinrechtliche Tradition mit ihren Unsicherheiten und Unklarheiten zu beseitigen. Vermöge dieser, wie gesagt, allenthalben durchgeführten Kodifikation giebt es heute neben und außer den neueren Landesgesetzen (nebst einigen Spezialgesetzen des heutigen Reichs) ein ungeschriebenes Expropriationsrecht überhaupt nicht mehr. Es kann sich also nur fragen, inwieweit ein über die Entschädigung des Expropriaten hinaus- und weiterreichender Ersatzanspruch (oben S. 33 ff.) noch im Laufe des 19. Jahrhunderts gewohnheitsrechtliche Anerkennung gefunden hat.

2. Das neue Staatsrecht. — Mit der Einführung anderer und stärkerer Schutzwehren zu Gunsten der Beherrschten im Staate der Gegenwart hat die früher so lebhaft geforderte Entschädigungspflicht bei „Eingriffen der Staatsgewalt in iura quaesita" eine wesentliche Funktion und in demselben Maße an Daseinsberechtigung eingebüßt. Der allgemeine Ersatzanspruch, wie ihn die naturrechtliche Staatslehre postulirte, versah in diesem Gedankensystem thatsächlich die Funktion einer Rechtsschutzeinrichtung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts. Man sah in der Zahlungspflicht des Fiskus für die Ein- und Uebergriffe des Staates die einzige Möglichkeit, die Freiheits- und Vermögenssphäre der Unterthanen gegen die Thätigkeit einer der rechtlichen Ordnung noch entbehrenden öffentlichen Gewalt einigermaßen sicherzustellen. „Da man gegen den Staat selbst nichts ausrichtet und der Fiskus nicht mehr thun kann als zahlen, so läuft alle Garantie der bürgerlichen Freiheit im Polizeistaate auf den Satz hinaus: dulde und liquidire" (O. Mayer, V.R. I S. 52 Anm. 22).

[90]) G. Meyer, Verwaltungsrecht Bd. I S. 281 u. Anm. 3.

Digitized by Google

Das ist heute anders geworden. An der Souveränetät der Gesetzgebung, an der Unanfechtbarkeit legislativer Akte läßt sich freilich nicht rütteln; heute weniger denn je. Aber die „aktive Staatsgewalt", die Verwaltung darf durchaus nicht mehr Alles, was sie will, vorausgesetzt daß sie den Schaden bezahlt. Ihre Macht ist beschränkt durch eine die Interessen der Allgemeinheit wie des Einzelnen gleichmäßig abwägende Ordnung des Verwaltungsrechts. Und diese Verwaltungsrechtssätze sind fernerhin nicht einseitige Willensakte des Herrschers, sondern Normen, die mit einer Repräsentation der Beherrschten vereinbart sind. Die Einhaltung dieser Rechtsschranken durch die Staatsorgane ist dann wieder durch Rechtsschutzeinrichtungen, vor allem durch das Institut der Verwaltungsgerichtsbarkeit, wirksam gesichert.

Die naturrechtliche Forderung einer allgemeinen Entschädigungspflicht des Staates bei Eingriffen seiner Organe war von einer Rechtswirklichkeit abstrahirt, die heute nicht mehr besteht. Die Einführung wirklicher Freiheits- und Eigenthumsgarantieen hat das Surrogat derselben, jene Entschädigungspflicht, überflüssig gemacht.

Noch ein anderer Gedanke führt zu dieser Erkenntniß. Die moderne Entwickelung des öffentlichen Rechts zeigt die Tendenz möglichst scharfer Präzisirung und Spezialisirung dessen, was die Verwaltung darf und der Unterthan muß. Vermöge dieser Entwickelung ist jene uferlose, nichts und alles sagende Generalvollmacht des „ius eminens" überwunden und durch eine feingegliederte Verwaltungsrechtsordnung ersetzt worden.[90a]) Die Frage liegt daher nicht fern: sollte diese Spezialisirung von Recht und Pflicht der Verwaltung wie des Einzelnen nicht auch das Korrelat des ius eminens, den allgemeinen Ersatzanspruch, ergriffen haben? Wäre ein solcher, nicht näher wie das ius eminens selbst begrenzter Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt in der Architektonik des heutigen Staatswesens nicht eine Asymmetrie? Fordert nicht die Spezialisirung der administrativen Eingriffsrechte auf der andern Seite eine Spezialisirung der Voraussetzungen und Fälle der öffentlichrechtlichen Entschädigung?[91]) Heißt es nicht bisweilen: cessante ratione legis cessat lex ipsa? —

[90a]) Oben S. 23 ff.

[91]) O. Mayer II S. 349 verneint diese Frage; der allgemeine Ersatzanspruch habe „nichts, was den Grundsätzen der Verfassung und des Rechtsstaates widerspricht". Der Streit mag hier unentschieden bleiben.

Digitized by Google

Doch — solche Fragen können hier nur aufgeworfen werden. Nicht um die Ergründung dessen, was sein soll, handelt es sich hier,[92]) sondern um die Feststellung dessen, was ist. Und damit kehrt die Betrachtung zu ihrem eigentlichen Gegenstande zurück. Die Frage der öffentlichrechtlichen Entschädigung bei nichtexpropriativen Akten der Staatsgewalt ist, wie bisher, zu sondern in die Einzelfragen: Ersatzanspruch bei legislativen (A) und bei administrativen (B) Eingriffen.

A. Vermögensbeschädigungen durch Akte der Gesetzgebung.

Die vorliegende Studie nahm ihren Ausgang von einem Urtheile des Reichsgerichts vom 13. Januar 1883, worin die Auffassung,

> „daß in den Fällen der Aufhebung eines wohlerworbenen Rechts durch die Gesetzgebung ohne weiteres ein privatrechtlicher Anspruch gegen den Staat auf volle Entschädigung stattfindet, soweit nicht dieser Anspruch durch die Gesetzgebung besonders ausgeschlossen worden ist,"

für Gemeines deutsches Recht ausgegeben wird.

Die bisherigen Untersuchungen dürften ergeben haben, daß diese höchstrichterlich approbirte, in der neuesten Litteratur wohl nur noch von Gierke[93]) vertheidigte Auffassung in der historischen Entwickelung des deutschen Rechts bis zum Ende des 18. Jahrhunderts eine Stütze nicht findet. Es bleibt nun noch der Nachweis zu liefern, daß der vom Reichsgericht aufgestellte Satz der Rechtsüberzeugung auch des laufenden Jahrhunderts, soweit diese sich in Zeugnissen der theoretischen (I.) und praktischen (II.) Jurisprudenz spiegelt, nicht entspricht, daß vielmehr die Umkehrung obigen Satzes richtig, m. a. W. der behauptete Ersatzanspruch nur begründet ist, falls ein Gesetz ihn ausdrücklich anerkennt.

I. Die Theorie. — Schon in der ersten Studie wurde auf eine Reihe von Schriftstellern — Goenner, Stahl, B. W. Pfeiffer, v. Gerber — hingewiesen,[94]) deren übereinstimmende Meinung dahin geht, daß der Einzelne wohl gegen Verwaltungsakte, nicht aber

[92]) Vgl. aber unten Studie III S. 130ff.

[93]) Deutsches Privatrecht I S. 195. Etwas verklausulirter: Genossenschaftstheorie S. 801 Anm. 1 („Möglichkeit eines Entschädigungsanspruches nicht ausgeschlossen"). Abweichende Ansicht (Präsumtion für Nichtentschädigung) bezüglich der Privilegienentziehung: Deutsch. Priv. R. I S. 307.

[94]) Oben S. 17 ff.

Digitized by Google

gegen Akte der Gesetzgebung ein wohlerworbenes Recht behaupten könne.[95]) Daraus wird dann der Schluß gezogen: bei Eingriffen der Legislative kein Ersatzanspruch, außer, wenn das Gesetz ihn ausdrücklich zubilligt,[96]) bei vermögensbeschädigenden, wenngleich legalen, Verwaltungsakten stets.

Diese Ansicht, welche, wie oben gezeigt, durchaus nicht neu ist, vielmehr in voller Klarheit schon von den Italienern des 15. und 16. Jahrhunderts ausgesprochen wurde, kann sich auf eine ununterbrochene gemeinrechtliche Tradition (oben S. 52) stützen und ist auch im weiteren Verlaufe des 19. Jahrhunderts nicht aufgegeben worden. Beachtenswerth ist hier zunächst nicht so sehr die staatsrechtliche wie die civilistische Litteratur. Besondere Klarheit und juristische Schärfe zeigen die Ausführungen Kierulff's:[97]) „Die Ansicht, welche den Gesetzgeber zur Heilighaltung erworbener Privilegien verpflichtet, ... verwechselt die politische Räthlichkeit mit der juristischen Nothwendigkeit. Ueber dem Gesetzgeber als solchem giebt es kein Recht, denn es ist Ausfluß seines Willens"; ... die entgegengesetzte Theorie habe die „gute, aber übelangebrachte" Absicht, die Willkür der Regierung zu bannen; dafür öffne sie aber der Willkür des Richters Thor und Thür .... Ein Anspruch gegen den Staat auf Unterlassung gesetzgeberischer Akte sei undenkbar und nichtig; „gegen den Staat kann weder ein Zwang, ein Privilegium bestehen zu lassen, rechtlich begründet, noch auch Entschädigung wegen künftiger Entbehrung desselben gefordert werden." Dieser Ansicht folgt sodann im Ergebniß und in der — mehr oder minder deutlich ausgesprochenen — Begründung eine ganze Reihe hervorragender Civilisten: Wächter, v. Savigny, v. Holzschuher, Christiansen, Regelsberger;[98]) auch den Ausführungen Goeppert-

[95]) Von großem Einfluß auf die Befestigung dieser Ansicht waren die immer schärfer betonte Verlegung der vollen — jetzt durch kein „Naturrecht" mehr beschränkten — Staatssouveränetät in die Sphäre der gesetzgebenden Gewalt einerseits und die Forderungen der Zeit (1789—1848!) andererseits, welche eine neue Gesellschaft ans Ruder brachte (oben Studie I S. 11) und auf eine gesetzliche Umgestaltung der unter der alten Gesellschaftsordnung entstandenen Rechtsverhältnisse gebieterisch hinwies. — Letztere Ideenrichtung kommt scharf zum Ausdruck bei Goenner, Vorrede zu Bohonovsky, Von dem Rechte des Regenten, Gesetze über bürgerliche Rechtsverhältnisse abzuändern (1803). —

[96]) v. Gerber, Grundzüge § 62.

[97]) Theorie des gemeinen Civilrechts (1839) S. 55 ff., 60.

[98]) Wächter, Württemb. Priv. R. Bd. II (1842) S. 22, 23, 70, 833, v. Savigny, System des heut. Röm. R. VIII (1849) S. 532 ff., 538—540,

Digitized by Google

Eck's und Ubbelohde's[99]) über die Entschädigungsfrage im Allgemeinen liegt jene Anschauung zu Grunde. Damit dürfte als communis opinio des gemeinen Civilrechts festzustellen sein: nach dem Gemeinen deutschen Recht ist bei vermögensbeschädigenden Eingriffen der gesetzgebenden Gewalt ein Ersatzanspruch des Betroffenen nur dann und insoweit gegeben, als das eingreifende Gesetz Entschädigung ausdrücklich zubilligt. Ob die Vermögensbeschädigung bedingt ist durch die Aufhebung eines „erworbenen Rechts" bezw. Privilegiums, oder ob sie andere Ursachen hat, macht hierbei keinen Unterschied.[100])

Diese Ansicht ist, nach Ueberwindung abweichender Meinungen von Zachariae, Zoepfl, Bluntschli, Rüttimann (oben Studie I S. 7, 8) auch in der staats- und verwaltungsrechtlichen Theorie rezipirt worden, insbesondere — außer den bereits erwähnten Goenner und v. Gerber — von v. Mohl, v. Sarwey, O. Mayer.[101])

II. Die Praxis. — Im Sinne der hier bekämpften Reichsgerichtsentscheidung vom 13. Januar 1883 (oben S. 57) bewegen sich, soviel ich sehe, die Ausführungen nur einiger älterer gemeinrechtlicher Urtheile; so die in Seuffert's Archiv Bd. I Nr. 311 abgedruckten Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Zerbst (1838—1842); so ferner ein Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Lübeck.[102]) Viel

v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gem. Civilr. Bd. III (1856) S. 92, Christiansen, Erworbene Rechte (1859) S. 77 ff., 84, 85 (besonders beachtenswerth), Regelsberger, Pand. I (1893) S. 125.

[99]) Goeppert-Eck, Ihering's Jahrb. 22 S. 154 ff., Ubbelohde, Fortsetzung von Glück's Pandekten, Bücher 43, 44 Bd. IV S. 187, 188.

[100]) Die von einer älteren Doktrin (oben Anm. 85 a. E.) vertheidigte, zuletzt noch von Thibaut (System d. Pand. R. I § 42) und Zoepfl (Gemeines deutsches Staatsr., 5. Aufl. 1863, II § 434) getheilte Ansicht, wonach Privilegien nur gegen Entschädigung aufgehoben werden können, ist jetzt überall aufgegeben; s. bes. Hinschius, Art. „Privileg" in v. Stengel's Wörterbuch, § 10, sowie Gierke oben Anm. 93 a. E.

[101]) v. Mohl, Staatsr. des Kgr. Württemberg Bd. I S. 68 ff., 398, v. Sarwey, Oeff. Recht S. 385, O. Mayer, II S. 357, 358. Vgl. auch das oben Anm. 26 zitirte Züricher Gutachten. — Den legislativen Eingriffen stehen gleich die Wirkungen von Staatsverträgen: v. Gerber, a. a. O. § 62 Anm. 1, Ubbelohde, a. a. O. § 188 (Handelsverträge).

[102]) Seuffert, Arch. N. F. V Nr. 146 (1876). Doch ist die Judikatur des O.A.G. Lübeck in dieser Frage keine ganz gleichmäßige. Die Entsch. v. 19. März 1867 (Kierulff's Samml. III S. 211 ff., 216) nimmt keinen gemeinrechtlichen Ersatzanspruch an, sondern gründet seinen Tenor darauf, daß der Gesetzgeber in casu Entschädigung habe bewilligen wollen. Vgl. auch die Entsch. v. 15. Juni 1872, Kierulff a. a. O. Bd. VII S. 231 ff.

Digitized by Google

zahlreicher sind dagegen die Entscheidungen gemeinrechtlicher Gerichtshöfe, welche die Entschädigungspflicht des Staates bei legislativen Eingriffen verneinen: so die Urtheile des Ober-Hof-Gerichts Mannheim vom 18. Dezember 1824 (Seuffert, Archiv I Nr. 14), des O.A.G. München vom 20. Mai 1845 (Blätter f. Rechtsanw. XI S. 328), die im Archiv für Civil- und Krim.-Recht der K. Preuß. Rheinprovinzen Bd. V S. 121 abgedruckte Entscheidung, ferner die ausgezeichnet begründeten Erkenntnisse des O.A.G. Jena von 1847 (Seuffert, Archiv II Nr. 123), des Obergerichts Wolfenbüttel vom 25. Mai 1866 (Seuffert, Archiv 19 Nr. 213), des O.L.G. Kiel vom 9. Juni 1885 (Seuffert, N. F. 11 Nr. 111) endlich, in einer beiläufigen Bemerkung der Gründe, auch die Entscheidung der Juristenfakultät zu Jena vom 14. Juni 1879 (Seuffert, N. F. VII Nr. 224). Das Reichsgericht selbst scheint die in der erwähnten Entscheidung (des I. Civilsenats) vom 13. Januar 1883 enthaltene Ansicht später aufgegeben oder doch modifizirt zu haben.[103])

Nach alledem kann mit Grund nicht behauptet werden, daß die „Garantie des Werthes aller erworbenen Vermögensrechte gegenüber der Gesetzgebung" (Rüttimann, oben Studie I Anm. 10) ein Satz des positiven deutschen Rechts gemeiner Geltung sei.

B. Vermögensbeschädigungen durch Akte der Staatsverwaltung außerhalb des Enteignungsrechts.

I. Die Theorie. — Wiederum ist anzuknüpfen an jene Schriftsteller (oben S. 17, 18), nach deren Meinung „in jedem Falle, wo ein Staatsbürger durch Ausübung der Staatsgewalt in seinen wohlerworbenen Privatrechten verletzt und dadurch zu einem verhältnißmäßig größeren Opfer als seine Mitbürger genöthigt worden ist, vollständige Entschädigung des Verletzten von Seiten des Staates stattfinden müsse."[104])

---

[103]) Entsch. des III. Civilsenats v. 28. November 1890, Seuffert, N. F. Bd. 16 Nr. 164 (Oldenburger Sache). .... „Der Grundsatz, daß wohlerworbene Rechte nur gegen Entschädigung aufgehoben werden sollen, ist nur als eine Norm aufzufassen, welche bei der Gesetzgebung beobachtet werden soll." Die im Text bezeichnete Entscheidung spricht dagegen von einem positiven Satze des Gemeinen Rechts.

[104]) B. W. Pfeiffer, Prakt. Ausf. I S. 245 ff., vgl. auch III S. 288 ff., 294, wo Pfeiffer noch mit dem Gedanken des ius eminens operirt. Doch scheint er (a. a. O. III S. 294: „Entschädigungsleistung als nothwendige Bedingung des Zwangs zur Abtretung von Privateigenthum zu öffentlichen Zwecken") das ius eminens wesentlich wieder mit dem Enteignungs-

Digitized by Google

Daß diese Theorie des „besonderen Opfers", welches in dem pflichtgemäßen Erdulden gesetzlich gerechtfertigter Verwaltungshandlungen liegen soll, und die hierauf gegründete Schadensersatzpflicht des Staates[105]) im Grunde nichts ist, als ein Nachhall der naturrechtlichen Vorstellung vom Gesellschaftsvertrage, wurde bereits oben S. 12—21 dargelegt. Dort wurde auch schon gezeigt — und bei der kritischen Erörterung des preußischen Rechts (unten S. 130ff.) wird abermals hierauf zurückzukommen sein —, daß die Lehre vom „besonderen Opfer" in sich haltlos und darum auch zur Gewinnung einer praktisch anwendbaren Begrenzung der staatlichen Entschädigungspflicht völlig ungeeignet ist. Was heißt „besonderes Opfer"? Nur rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt steht hier in Frage. Die Wirkungen derselben aber, auch die schadenbringenden, über sich ergehen zu lassen, ist nicht Darbringung eines besonderen Opfers, sondern allgemeine Bürgerpflicht. Wer sich und sein Eigenthum den Gesetzen unterwirft, der hat nichts aufgeopfert. Darin sind auch alle gesetzmäßigen Verwaltungsakte unter sich gleich; auch diejenige Maßregel, deren Eigenart die in Rede stehende Opfertheorie noch am ehesten entspricht und für die die letztere besonders zurechtgemacht zu sein scheint, die Expropriation, — sie ist doch schließlich auch nichts als Gesetzesanwendung. Man vergesse nicht, daß die öffentliche Gewalt in den gesetzlich bestimmten Fällen das Recht

recht zu identifiziren (oben S. 47). Dieses Recht ist aber, wie erwähnt, einschließlich der Regelung der Entschädigungsfrage, in den modernen Gesetzen kodifizirt worden. Außerhalb dieser Gesetze giebt es kein gewohnheitsrechtliches Expropriationsrecht im weiteren Sinne, geschweige denn ein ius eminens, mehr und ebensowenig eine öffentlichrechtliche Entschädigung, welche die Rechtsbeständigkeit des ius eminens zur Voraussetzung hatte. — Pfeiffer beruft sich mit Vorliebe auf die Judikatur des O.A.G. zu Cassel. Daß dieser Gerichtshof jedoch nicht in allen Fällen administrativer Eingriffe Entschädigung zuzubilligen geneigt war, zeigt das Erk. vom 3. Januar 1844 (Strippelmann, Neue Samml. III² S. 130, 132ff.), welches bei einer polizeilich angeordneten Eigenthumszerstörung (Niederreißung von Brandruinen) den Ersatzanspruch ablehnt.

[105]) Die alte Theorie im neuen Gewande bei O. Mayer II S. 351ff. Wann indessen ein „Eingriff in den unmittelbaren rechtlichen Machtkreis des Individuums" vorliegt und wann nicht, dafür vermag ich auch aus O. Mayer's Ausführungen ein praktisch brauchbares Kriterium nicht zu entnehmen. M. E. kommt dabei im Grunde nur die Regel heraus, den Ersatzanspruch nicht dem Billigkeitsgefühl zuwider zu versagen und das Recht des Richters, hiernach ein „besonderes Opfer" zu konstatiren, möglichst wenig durch allgemeine Direktiven zu verschränken. Kehrseite: Ersetzung der administrativen durch richterliche Willkür (oben S. 85).

Digitized by Google

der Zwangsenteignung hat. Mag man immerhin in der Hergabe des enteigneten Grundstücks ein „besonderes Opfer" erblicken, welches der Expropriat der Allgemeinheit bringt; um konsequent zu bleiben, muß man dann aber auch den Geschäftsverlust, welchen der Kaufmann des Grenzortes infolge handelspolitischer Maßregeln (Retorsionszoll, Aus- oder Einfuhrverbot) erleidet, den Schaden des unschuldig Verhafteten oder Verurtheilten (unten S. 96), die Vermögenseinbuße, welche aus der Befolgung einer polizeilichen Verfügung demjenigen, an den sie gerichtet ist, erwächst, als „Aufopferungen" ansehen. Das sind alles, wenn man will, „Opfer", welche der Unterthan dem Staate bringt. Hat man doch sogar die Steuerzahlung unter diesen Gesichtspunkt gestellt.

Folgt man der „Opfertheorie", so verflüchtigen sich die Grenzen der staatlichen Entschädigungspflicht ins Uferlose. Man wird zu der Schlußfolgerung gezwungen, daß die Entschädigung des Betroffenen bei jeder dem Einzelnen nachtheiligen Reflexwirkung obrigkeitlicher Thätigkeit ebensosehr der „Natur der Sache" entspreche, wie bei der Expropriation.[106]) — Das giebt man nun nicht zu, konstruirt vielmehr Grenzen der Ersatzpflicht (O. Mayer II S. 357 ff.), jenseits deren die Schadloshaltung des durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt Geschädigten aufhören soll, weil die Voraussetzung des „besonderen Opfers" nicht mehr zutrifft. O. Mayer rechnet hierher z. B. „Polizeimaßregeln aller Art" (a. a. O. S. 351). Es ist aber nicht einzusehen, warum, — wenn man diese Dinge einmal gleichmäßig vom individualistischen Standpunkt aus betrachtet, — die Räumung des baufälligen Hauses, über welches die Polizei ein Bewohnungsverbot verhängt hat, in minderem Sinne ein „Opfer" enthalten soll, wie die Hergabe desselben Hauses nach erfolgter Expropriation.

Denkt man so den Gedanken der Vermögensbeschädigung durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt aus und zu Ende, vergegenwärtigt man sich seine Tragweite an Beispielen der verschiedensten Art, so gelangt man zu dem Schlusse: die Begründung der staatlichen Entschädigungspflicht durch das Moment des „besonderen Opfers" trifft überall zu und nirgends, je nachdem man, — darauf kommt hier

---

[106]) — bei der natürlich auch nicht die „Natur der Sache" den Entschädigungsgrund abgiebt (vgl. die Glossatoren, oben S. 36 ff., ferner Hobbes, Horn u. s. w., oben Anm. 87, denen die „Natur der Sache" hier gerade die entgegengesetzte Sprache zu reden schien), sondern die positive Rechtsnorm. Vgl. auch oben Studie I Anm. 52.

Digitized by Google

wieder alles an —, (oben S. 11, 15, 24) das Eigenthum als Schranke der Staatsgewalt oder die Staatsgewalt als Schranke des Eigenthums ansieht. Die Theorie des „besonderen Opfers" gehört eben zu jenen allgemeinen Rechtsgründen, nach denen, wie dies zuerst Christiansen[107]) gezeigt hat, eine positive Grenze der Entschädigungspflicht überhaupt nicht gezogen werden kann. Der Gedanke eines allgemeinen Ersatzanspruches wegen „Aufopferung von Privateigenthum" ist nicht sowohl ein unüberwundener Rest naturrechtlicher Voreingenommenheit gegen die Rechtsmacht des Staates über das Eigenthum seiner Unterthanen, als ein juristisches Luftgebilde, welches durch Einführung der verzwickten Fragestellung: besonderes Opfer oder nicht? die Subsumtion des Einzelfalls unter die Regel bis zur Undurchführbarkeit erschwert und damit schließlich den Richter zum Gesetzgeber macht.

Die gemeingültige deutsche Rechtsüberzeugung hat denn auch einen solchen, de lege ferenda ganz irrationellen Satz nicht aufgenommen. Die Behauptungen O. Mayer's, Dernburg's, Regelsberger's, welche am Eingange dieser Studie (oben S. 29) der bereits widerlegten Ansicht des Reichsgerichts (oben S. 57, 59) an die Seite gestellt wurden, entsprechen nicht dem Standpunkte des Gemeinen Rechts. Ob und inwieweit solche Auffassungen durch die Gesetzgebung der Einzelstaaten zu positiven Rechtssätzen erhoben sind, bleibt hier unerörtert;[108]) in der dritten und letzten dieser Studien soll statt aller

[107]) Erworbene Rechte, S. 85.

[108]) Deshalb kann hier auch die Frage nur berührt werden, inwieweit durch den in allen deutschen Verfassungsgesetzen wiederkehrenden Satz des Inhalts: „das Eigenthum ist unverletzlich" (vgl. das Verzeichniß bei Goeppert-Eck, Iherings Jahrb. 22 S. 54 ff.) ein allgemeiner Ersatzanspruch wegen Eingriffe der Staatsgewalt in den aktuellen Bestand der Vermögensrechte gewährleistet ist. Ueber die Preuß. Verfass. Art. 9 s. unten S. 82, 83. — Diese Verfassungsartikel sagen gemeinhin weniger, als sie zu sagen scheinen. Sie wollen wesentlich nur das Institut der Expropriation legalisiren und im übrigen die feierliche Zusicherung ertheilen, daß der Staat das Vermögen jedes seiner Unterthanen gegen Unrecht der Privaten und Willkür der Behörden zu schützen gesonnen sei. Keinesfalls sollte durch diese Sätze der gesetzgebenden Gewalt eine Rechtsschranke gezogen oder ein allgemeiner Ersatzanspruch aus legislativen Eingriffen in das Privateigenthum statuirt werden; wie man sich denn hierdurch in der entschädigungslosen Aufhebung erworbener aber undemokratischer Rechte (oben Studie I S. 11) nirgends behindert gefühlt hat. Vgl. Goeppert-Eck a. a. O., ferner v. Mohl, Württ. Staatsr. I S. 398, Waechter, Württ. Priv. R. II S. 23, 70 ff., 833, v. Sarwey, Württ. Staatsr. S. 247 ff. Aber auch auf rechtmäßige administrative Eingriffe und deren Wirkungen, den Fall der Expropriation ausgenommen, treffen

Digitized by Google

ein deutsches Partikularrecht, das preußische, auf diese Frage hin einer eingehenden Prüfung unterworfen werden. Hier ist nur mehr festzustellen: nach dem Gemeinen Recht findet bei Vermögensbeschädigungen durch gesetzmäßige Verwaltungsakte ein Ersatzanspruch nicht statt. Ein solcher Anspruch ist nur insoweit begründet, als die deutschen Landesgesetze ihn anerkennen.

Daß aus dem Gemeinen (ungeschriebenen) Rechte selbst ein allgemeiner oder begrenzter Ersatzanspruch dieses Inhalts nicht herzuleiten ist, dafür hat sich in der civilrechtlichen Litteratur neuestens Ubbelohde[109]) ausgesprochen. Aus dem Kreise der staatsrechtlichen Schriftsteller sind als Vertreter der gleichen Ansicht hervorzuheben: G. Meyer,[110]) Loening,[111]) besonders aber v. Sarwey. Letzterer schält — in voller Uebereinstimmung mit dem hier vertretenen Standpunkte — aus dem weiteren Begriff „Eingriff der Staatsgewalt in die Vermögensrechte der Einzelnen" zunächst den engeren, zu einem Rechtsinstitut spezifischer Natur gestalteten, Begriff der Expropriation heraus. „Der Ausdruck „Expropriation" enthält schon seiner ursprünglichen Wortbedeutung nach eine Einschränkung. Nicht jeder Eingriff in Vermögensrechte ist Expropriation, sondern nur ... die Wegnahme einer im Privateigenthume befindlichen Sache, um dieselbe für öffentliche Zwecke zu verwenden".[112]) Für die Fragestellung, inwieweit der Staat bei anders gearteten, nicht-expropriativen Eingriffen Entschädigung zu leisten verbunden sei, seien zunächst die Fälle der öffentlichen Leistungspflicht-(Steuern) und der gesetzlichen Beschränkung von Rechten (Legalservituten) auszuscheiden.[113]) Hier ist der Fortfall der Entschädigungspflicht selbstverständlich. In den dann noch übrig bleibenden Fällen würde „die materielle Gerechtigkeit fordern", daß den Geschädigten vom Staate Vergütung gewährt wird; allein das positive deutsche

---

diese Verfassungsartikel nicht zu. Vgl. G. Meyer, Staatsrecht S. 700 und die Gerichtsentscheidungen: Seuffert, Arch. N. F. 7 Nr. 224 (Hamburg), N. F. 16 Nr. 164 (Oldenburg), N. F. 11 Nr. 112 (Württemberg), Roth, Bayerisches Civilrecht § 37, II (Bayern), Seuffert, Bd. 2 Nr. 123 (Sachsen-Weimar), 29 Nr. 243 (Großherzogthum Hessen), 29 Nr. 244 (Braunschweig), Strippelmann, Neue Samml. III² S. 130 ff. (Kurhessen).

[109]) Forts. v. Glück's Pand. Bücher 43, 44 Bd. IV S. 186, 187.

[110]) Deutsches Staatsrecht S. 700.

[111]) Verwaltungsrecht S. 18 Anm. 1, S. 255, 785 Anm. 3.

[112]) Oeffentl. Recht S. 387.

[113]) a. a. O. S. 373, IV.

Digitized by Google

Staatsrecht habe diesen Grundsatz nicht anerkannt.[114]) Ein Ersatzanspruch aus administrativen Eingriffen finde also nur im Rahmen der bestehenden, die Entschädigung ausdrücklich zubilligenden Spezialgesetze statt.[115])

II. Die Praxis hat die im Vorstehenden referirte Rechtsanschauung wiederholt anerkannt. Daß insbesondere bei Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Polizeigewalt ein Ersatzanspruch nicht begründet sei, ist im Anschluß an die Judikatur des vormaligen Oberappellationsgerichts zu Cassel[116]) ausgesprochen in einem Namens des hanseatischen O.A.G. zu Lübeck gefällten Urtheile der Juristenfakultät zu Jena vom 14. Juni 1879 (Seuffert, Arch. N. F. VII Nr. 224). Der sehr ausführlichen Begründung dieses Erkenntnisses, welche darthut, daß der durch legale Anwendung der polizeilichen Machtbefugnisse in seinem Vermögen Geschädigte[117]) einen Ersatzanspruch (gegen den Staat) weder aus dem römischen, noch dem „modernen Staatsrecht" (d. h. der Verfassung; oben Anm. 108), noch endlich aus dem ungeschriebenen deutschen Rechte herleiten könne, dürfte überall zuzustimmen sein. Zu dem gleichen Ergebniß gelangt die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts zu Stuttgart,[118]) dem neuerdings das Reichsgericht[119]) gefolgt ist. In den betr. Erkenntnissen der beiden letzterwähnten Gerichtshöfe handelt es sich um die Frage, ob der Staat Entschädigung zu gewähren habe wegen Einschränkung des Gemeingebrauchs öffentlicher Flüsse durch die zuständige Strompolizeibehörde.[120]) Die Frage wird mit Recht verneint. Anders würde die Entscheidung gelautet haben, wenn durch die Verwaltungsmaßregel den Stromanliegern

[114]) a. a. O. S. 385.

[115]) a. a. O. S. 403, Württemb. Staatsrecht S. 274, 275.

[116]) Vgl. das oben, Anm. 104, citirte Urtheil vom 3. Januar 1844.

[117]) In casu hatte die Polizeibehörde der freien und Hansestadt Hamburg eine Brandruine durch Dynamitsprengung vollends niedergelegt; bei dieser Sprengung ist ein Theil der Trümmer auf den benachbarten Lagerplatz des Klägers gefallen, auch der an diesem Grundstücke vorbeifließende Kanal gesperrt worden.

[118]) Seuffert, Arch. 24 Nr. 37, N. F. 11 Nr. 112.

[119]) Vgl. die Entsch. des III. Civilsenats (der sich auch sonst der öffentlichrechtlichen Entschädigung wenig geneigt zeigt; vgl. oben Anm. 103; ferner Entsch. in Civils. III S. 171) vom 2. Oktober 1894, Seuffert, N. F. 20 Nr. 75.

[120]) In dem vom Reichsgericht entschiedenen Falle (vorige Note) lag ein Verbot des Flößereibetriebes vor, wodurch der Besitzer einer am Ufer des Stromes liegenden Nutzholzparzelle geschädigt wurde.

Digitized by Google

nicht nur der thatsächliche Vortheil des Gemeingebrauchs, sondern ihnen verliehene besondere Nutzungsrechte entzogen worden wären. Auf das Wesen dieses Gegensatzes wird in der dritten Studie (unten S. 108 ff.) näher einzugehen sein. Was dort — S. 110 u. Anm. 126 — als preußisches Recht dargestellt ist, gilt auch für das Gemeine Recht. Die Beseitigung von Sonderrechten an öffentlichen Sachen (Straßen, Strömen, Kirchen, Begräbnißplätzen) aus Gründen des öffentlichen Interesses kann, — wie v. Sarwey[121]) zutreffend ausführt — eigentlich nur im Wege der formellen Expropriation erfolgen. Doch ist, durch stillschweigende Anerkennung einer ständig geübten Verwaltungspraxis, allenthalben den Polizeibehörden und weitergehend den Behörden, welche mit der Administration der in Rede stehenden Gegenstände des öffentlichen Eigenthums betraut sind, die Befugniß beigelegt worden, dergleichen Sondernutzungen im Gemeininteresse zu beschränken oder aufzuheben.[121a]) Das ist materiell und virtuell Expropriation; obzwar ohne Befolgung des ordentlichen Enteignungsverfahrens. Dem expropriativen Charakter der Maßregel entspricht es vollkommen, wenn die Rechtsprechung in solchen Fällen dem Betroffenen Entschädigung zubilligt.[122]) Darin liegt im Gegensatze zu dem oben S. 35 bezeichneten fehlerhaften Analogieschluß die zulässige Anwendung der Enteignungsgesetze auf einen rechtsähnlichen Fall.

Alles zusammengefaßt, muß die Beurtheilung der gemeingültigen Rechtslage in Deutschland darin gipfeln: Das Gemeine deutsche Recht kennt einen generellen Ersatzanspruch aus Beschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt nicht. Die Lücken der einschlägigen Reichs- und Landesgesetzgebung (oben, Einleitung Anm. 1)

---

[121]) Oeffentl. Recht S. 502, 503.

[121a]) Vgl. auch O. Mayer II S. 157, 158.

[122]) Unten Studie III Anm. 126. Vgl. noch R.G. v. 29. Juni 1886, Entsch. in Civils. 16 S. 161 (Verminderung der Zahl der Kirchenstühle); Bekker, Pandekten I S. 346, 347.

Ueber die Frage, ob der Straßenanlieger ein gesetzliches Recht auf unveränderten Fortbestand der Straße hat, bezw. ob er ein solches durch Bebauung seines Grundstücks erwirbt und die hieraus zusammenhängende Entschädigungsfrage bei Aenderung des Straßenkörpers vgl. unten Studie III S. 111 ff. und für das, vom preußischen hier nicht abweichende, Gemeine Recht noch besonders: Ubbelohde, Fortsetzung von Glück's Pandekten, Bücher 43, 44 Bd. IV S. 175 ff.; O. Mayer II S. 132 ff.

Digitized by Google

werden nicht ausgefüllt durch eine, subsidiär eintretende, gemeinrechtliche Entschädigungspflicht; sie werden vielmehr ausgefüllt durch die in der ersten Studie entwickelten allgemeinen Erwägungen und ihr Ergebniß: die Negation des Ersatzanspruchs.

Dritte Studie.

Der Ersatzanspruch nach preußischem Recht.

I. Geschichte der Gesetzgebung.

Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten zeigt, wie bekannt, an nicht wenigen Stellen den beherrschenden Einfluß der zeitgenössischen Naturrechtslehre. Mit anderen Postulaten und Glaubenssätzen dieser Doktrin wurde auch die „Unantastbarkeit der erworbenen Rechte" in das Gesetzbuch aufgenommen. Zwar soll (§ 74 der Einleitung zum A.L.R.) im Kollisionsfalle zwischen Allgemeinheit und Individuum jedes Recht des letzteren weichen. Aber der Werth dieses Rechts soll doch dem Inhaber wider seinen Willen nicht geschmälert werden dürfen. Für das durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt (§ 74) geopferte Einzelrecht soll der Staat den Betroffenen „zu entschädigen gehalten sein" (§ 75 der Einleitung).[1])

Eine so allgemein gefaßte Bestimmung war freilich in dem, von 1784 ab, veröffentlichten Entwurfe des Gesetzbuchs nicht enthalten gewesen. Dieser Entwurf beschränkt vielmehr die Entschädigungspflicht aus staatlichen Eingriffen auf die Entziehung von Privilegien einerseits und auf den Fall der formellen Zwangsenteignung andererseits, was, wie oben S. 54 ausgeführt, vollkommen dem Stande der gemeinrechtlichen Entwickelung entsprach. Die betreffenden Vorschriften des Gesetzentwurfs lauten:

> Entwurf eines allg. Gesetzbuchs, Einleitung § 43: „Privilegia, welche der zeitige Inhaber nicht aus bloßer Gnade erlangt hat, sollen nicht anders, als aus überwiegenden Gründen für das gemeine Beste gegen billige Entschädigung zurückgenommen werden." [2])

[1]) Die §§ 74, 75 der Einleitung zum A.L.R. sind im Folgenden kurzweg als „§§ 74, 75" citirt.

[2]) Der nachmalige § 70 Einl. z. A.L.R.! Die Ausdehnung des Entschädigungsgrundsatzes auf die „privilegia gratiosa" — und damit auf alle

Digitized by Google

Daselbst § 112: „Kein Bürger des Staates kann den andern zwingen, ihm sein Recht abzutreten."

§ 113: „Wenn es das gemeine Wohl erfordert, kann ihn der Staat zur Abtretung seines Rechts gegen billige Vergütung nöthigen." —

Die letzteren Bestimmungen formuliren das Rechtsinstitut der Expropriation i. e. S. Voraussetzung des Ersatzanspruchs ist danach nicht die Vermögensbeschädigung durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt im Allgemeinen oder durch Verletzung erworbener Rechte im Besonderen, sondern nur der Spezialfall zwangsweiser Uebertragung eines Rechts von einem Subjekt auf ein anderes (Staat oder Privatperson.[3])

An eine weitergehende Generalisirung des Ersatzanspruches ist also bei Abfassung des Gesetzbuches ursprünglich nicht gedacht worden; ebensowenig an eine Kodifikation des Lehrsatzes von der Garantie der erworbenen Rechte. Hierin sind die Forderungen des naturrechtlichen Individualismus erst bei der Schlußredaktion des — bekanntlich 1791 publizirten — „Allgemeinen Gesetzbuchs" zum Ausdruck gelangt.

Der Hergang war folgender: Zu dem oben wiedergegebenen § 43 der Einleitung des Entwurfs hatte der Reichsgraf v. Finkenstein, welcher von den Ständen des Lebusischen Kreises mit der Begutachtung des ihnen vorgelegten[4]) Entwurfs beauftragt worden war,

---

Privilegien ohne Unterschied ihres Erwerbsgrundes — war von mehreren Monenten befürwortet worden; Svarez ist dieser Ansicht gefolgt. Materialien zum A.L.R. Bd. 72 Fol. 45. Revisio monit. (Abschrift) Bd. I Bl. 50 ff.

[3]) Nach dem Wortlaut des § 112 kann die Uebereignung eines Rechts nur an einen „andern Bürger" geschehen. Daß man aber hierbei auch, und sogar vorzugsweise, an den Staat als Erwerber des expropriirten Rechts dachte, beweist die Erledigung des Grollmann'schen Monitums (Mat. Bd. 72 Bl. 67 v.), es sei deutlicher zum Ausdruck zu bringen, „daß die Abtretung an den Staat geschehen müsse". Svarez bemerkt hierzu: „Es ist allerdings hier wohl davon die Rede, daß der Staat unter gewissen Umständen zwingen könne, ihm etwas abzutreten." Hinzugefügt ist, daß die „servitutes necessariae", d. h. die gesetzlichen Einschränkungen des Privateigenthums von der Regel des § 113 nicht berührt würden, „denn dabei verliert der serviens sein Recht nicht, sondern es wird ihm nur eine Einschränkung .... auferlegt" (Rev. monit. Bd. I Bl. 84).

[4]) Die noch vorhandenen ständischen Körperschaften wurden erst seit dem Regierungsantritt Friedrich Wilhelms II. um ihre Meinung über das Gesetzbuch befragt. Dernburg, Preuß. Privatrecht (5. Aufl.) I S. 9.

Digitized by Google

monirt: „daß es besser sei, den Satz ganz wegzulassen und dagegen loco congruo gewisse Regeln, daß der Landesherr seinen Unterthanen ihre Jura quaesita, sie mögen ex privilegio oder aliunde erworben sein, unter keinerlei Vorwand nehmen könne, zu etabliren." Aus demselben Grunde tritt der Monent auch für Streichung des § 113 der Einleitung zum A.G.B. ein.

Die „Herren Stände" hatten die alte Rechtsstellung der iura quaesita [5]) einst vergeblich gegen die erstarkende Staatsgewalt vertheidigt; dem Sachwalter einer jener — inzwischen längst in politische Ohnmacht versunkenen — Körperschaften blieb es vorbehalten, zur Aufnahme des „eigenen Rechts" in der Gesetzgebung des neuen Staates die Anregung zu geben. Svarez aber hat den Vorschlag des Grafen Finkenstein zunächst nicht berücksichtigt, weder bei der Revision der Monita, noch bei der darauf folgenden ersten Umarbeitung des Entwurfs. Der Vorbericht zur revisio monitorum [6]) bemerkt hierzu nachrichtlich, daß sich „die Finkenstein'schen Monita nicht mehr vorgefunden haben und auch im Extrakt der monitorum nicht berücksichtigt worden sind". Die obigen Meinungsäußerungen des ständischen Vertreters sind jedoch — nicht von Svarez' Hand — nachträglich in das Manuskript der revisio eingetragen und so dem Gedächtniß überliefert worden.

Unmittelbar nach Abschluß der revisio monitorum zur Einleitung des Gesetzbuchs hat Svarez die letztere neu redigirt. [7]) Der allgemeine Entschädigungsgrundsatz ist wiederum, wie im gedruckten Entwurf, auf die Zurücknahme von Privilegien (einschließlich der „aus bloßer Gnade erlangten") einerseits und auf den Fall der Expropriation andererseits beschränkt. Die §§ 112, 113 der Einl. des gedruckten Entw. sind jedoch nicht wieder aufgenommen; vielmehr hat es Svarez vorgezogen, das allgemein formulirte Prinzip der Zwangsenteignung in eine Reihe von Spezialfällen zu zerlegen, welche dann ohne wesentliche Veränderungen in das Allgemeine Landrecht (I 8 §§ 29—32, I 11 §§ 4—11) übergegangen sind. Die Einleitung des Gesetzbuchs ist nun, bevor letzteres dem Könige zur Sanktion unterbreitet wurde, noch zweimal, und zwar von Klein, umgearbeitet worden. Erst in diesem Stadium ist der nachmalige § 75 Einl. dem Ganzen eingefügt worden. Die erste dieser Klein'schen

[5]) Vgl. O. Mayer, Deutsches Verwaltungsr. I S. 30 ff.

[6]) Abschrift der revisio Bd. I Bl. XII v.

[7]) Mat. Bd. 81 Bl. V., VI. 1 ff.

Digitized by Google

Umarbeitungen ist verloren gegangen.[8]) Die zweite aber bringt folgende, mit den §§ 70, 71, 74, 75 der Landrechtseinleitung sachlich übereinstimmende Sätze:

> § 74. Zum Besten des gemeinen Wohles kann zwar der Staat Privilegia gegen hinlängliche Entschädigungen wieder aufheben (= A. L.R., Einl. § 70).
>
> § 75. Die Entschädigung selbst aber kann nicht anders als durch Vertrag oder rechtliches Erkenntniß festgesetzt werden (= § 71).
>
> § 81. Einzelne Rechte und Vortheile der Mitglieder des Staates müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohles nachstehen (= § 74).
>
> § 82. Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vortheile dem Wohl des gemeinen Wesens aufzuopfern genöthigt wird, zu entschädigen gehalten (= § 75).

Die „besonderen Rechte und Vortheile" des § 82 sind, worauf noch zurückzukommen ist,[9]) nichts anderes als die iura quaesita im Sinne der damaligen naturrechtlichen Theorie. Damit ist das Postulat der Unverletzlichkeit des erworbenen Rechts — zwar nicht in der extremen Fassung des Grafen Finkenstein, wohl aber insoweit verwirklicht, als jedenfalls der Werth des aktuellen Rechtsbestandes dem Inhaber vom Staate nicht beeinträchtigt werden darf. Dieser Grundsatz des allgemeinen Ersatzanspruchs wegen Verletzung erworbener Rechte durch die Staatsgewalt ist sodann im Klein'schen Entwurf wie im endgültig festgestellten Gesetzestext noch einmal besonders für die Entziehung von Privilegien ausgesprochen worden, — offenbar überflüssiger Weise, da die Privilegien als „besondere Rechte und Vortheile" im eigentlichsten Sinne des Wortes von der allgemeinen Regel sicherlich mitumfaßt werden. Darauf hatte schon Finkenstein hingewiesen (s. dessen Monitum) und auch Klein scheint eine Sonderbestimmung für die Zurücknahme von Privilegien als unnöthig angesehen zu haben.[10]) Indessen drangen beide gegen die von Svarez vertretene Theorie, welche in den Privilegien Rechtsgebilde eigener

---

[8]) Monita zu derselben von Svarez: Materialien Bd. 81 Bl. 10ff. — Im Folgenden dann die zweite Klein'sche Umarbeitung der Einleitung.

[9]) Unten S. 103 ff.

[10]) Dies entnehme ich aus einer Bemerkung von Svarez, Mat.. Bd. 81 Bl. 11v.

Digitized by Google

Art sah,[11]) nicht durch; die Spezialvorschriften für Privilegienentziehung wurden vielmehr beibehalten. (A. L.R. Einl. §§ 70, 71.)

Mit alledem war das Prinzip des allgemeinen Ersatzanspruches in einer die individualistischen Forderungen weithin erfüllenden Gestalt Bestandtheil des positiven preußischen Rechts geworden. Das Postulat ward Norm. Aber nicht lange dauerte der Einklang zwischen Rechtsidee und Rechtswirklichkeit. Es wurde offenbar, daß sich mit der Unverletzlichkeit der erworbenen Rechte auch in der Formulirung, die das Landrecht diesem Gedanken gegeben hatte, auf die Dauer nicht regieren läßt. Und der Staat, der einst über die machtvolle Wirklichkeit der „eigenen Rechte" hinweggeschritten war, griff nun auch als Gesetzgeber in das abstrakte Prinzip der „besonderen Rechte und Vortheile" mit harter Hand ein. Der nun zu schildernde Hergang bietet ein über die hier erörterte Spezialfrage hinausreichendes Interesse. Er zeigt einerseits, wie die Gewalt des modernen Staates in Wahrheit des Rechts und aller Rechte Herrin geworden ist. Er beweist freilich auch, daß man sich bei Handhabung dieser souveränen Macht in dem Preußen der zwanziger und dreißiger Jahre dieses Jahrhunderts von Willkür nicht immer frei hielt.[12])

Den Anstoß zu legislativen Erörterungen über den § 75 Einl. gab seine Anwendung auf die Frage des Kriegsschäden-Ersatzes.[13]) Im Jahre 1828 schwebte vor dem Oberlandesgericht zu Breslau folgender Prozeß: Die schlesischen Städte klagten gegen den Fiskus auf Ersatz des Verlustes, den ihr gemeinsamer Feuerversicherungsfonds durch die im Kriege 1806—1807 auf Befehl des (preußischen) Festungskommandanten bewirkte Niederbrennung der Breslauer Vorstädte erlitten hatte. Der Umstand nun, daß Fiskus voraussichtlich verurtheilt und hiermit für ähnliche Ersatzansprüche ein Präzedenzfall von unberechenbarer Tragweite für die Staatskasse geschaffen werden würde,

[11]) Unten S. 114, 115; oben Studie II, Anm. 85.

[12]) Vgl. die Darstellung der „rückläufigen" Bewegung in der preußischen Gesetzgebungs- und Verwaltungspolitik nach 1808 bei Loening, Verwaltungsarchiv Bd. III S. 94 ff.

[13]) Die Darstellung des Textes beruht auf den Akten des Königl. Preuß. Justizministeriums: Acta, betr. das Verfahren in fiskalischen Civilprozessen, F. 40 Bd. II (in Folgendem citirt: F. 40) und Acta gen., betr. Ressortstreitigkeiten R. 28, Bd. II, III (citirt R. 28). Letztere Akten sind bereits von Loening a. a. O. S. 122 ff. herangezogen worden.

Digitized by Google

erschien dem Finanzminister wichtig genug, um die Sache zum Immediatvortrage zu bringen. Die in Verfolg des letzteren erlassene Kabinetsordre vom 10. Juli 1828[14]) spricht sich dahin aus, daß über den Ersatz von Schäden der vorgetragenen Art der Rechtsweg nicht zugelassen werden könne, „weil diese Verluste aus einer Kriegsbeschädigung hervorgegangen sind, dergleichen, wenn dem Beschädigten vom Staate ein Ersatz geleistet werden sollte, auf eine unausführbare Ausgleichung aller Kriegsschäden und Kriegslasten hinausgehen würde, da den übrigen Unterthanen, deren Vermögen durch den Krieg mehr oder weniger hart betroffen worden, derselbe Anspruch zugestanden werden müßte, der für die schlesischen Städte anerkannt würde . . . . . Die Zerstörung der Breslauer Vorstädte ist durch den Krieg, also durch eine Maßregel entstanden, die von Mir, dem Oberhaupt des Staates mittelst Ausübung Meines Majestätsrechts ausgegangen ist. Hier waltet kein Anspruch an die Staatskasse aus einem fiskalischen Rechtsverhältnisse, welches gesetzlich wie andere Privatrechtsangelegenheiten zu behandeln ist, sondern ein Anspruch vor, der an Mich selbst, wegen des Gebrauchs, den Ich von Meinem Majestätsrechte gemacht habe, gerichtet wird. Dieses Recht kann nicht dem Ausspruche der Gerichtshöfe unterworfen werden, die nur über Gegenstände des Privateigenthums zu entscheiden haben,[15]) und eine Sentenz, die das Oberlandesgericht zu Breslau wider den Fiskus der Regierung daselbst in dieser Sache abfassen sollte, würde aller rechtlichen Wirkung entbehren." — Am Schlusse der Ordre erhält dann der Justizminister den Befehl, das Prozeßgericht mit entsprechender „Anweisung" zu versehen. Die bereits entstandenen Prozeßkosten sollen niedergeschlagen werden.

In dieser Kabinetsordre spiegeln sich bereits die Grundgedanken der nachmaligen Ordre vom 4. Dezember 1831, welche die landrechtliche Regelung der Entschädigungsfrage einschneidend abgeändert hat und deren Entstehungsgeschichte hier erzählt wird. Der den Gerichten entgegengehaltene Vorwurf, in der Frage des Ersatzanspruchs wegen vermögensbeschädigender Ausübung der öffentlichen Gewalt die hoheitliche mit der fiskalischen Natur des Staates verwechselt zu haben, war, wie gezeigt werden wird, unzweifelhaft begründet, und ebenso unzweifelhaft richtig ist die Ansicht, daß jene Frage nicht nach Privatrecht zu ent-

[14]) F. 40 Bl. 38 ff.

[15]) Ueber diese damals herrschende, aber die positive Zuständigkeitsabgrenzung unrichtig beurtheilende Ansicht: Loening a. a. O. S. 106, 108 ff.

Digitized by Google

scheiden ist. Wenn man aber daraus die Ablehnung des materiellen Ersatzanspruchs (auf die Kompetenzfrage ist an dieser Stelle nicht einzugehen) im Ganzen folgerte, so vergaß man, daß ja in Gestalt des § 75 eine den Anspruch verleihende Norm von spezifischer Art und Tragweite bestand, eine Norm, die man wohl durch formelle Aufhebung beseitigen, nicht aber durch allgemeine staatsrechtliche Erörterungen hinwegdisputiren konnte. Der § 75 wird weder in der Ordre vom 10. Juli 1828 noch in einem weiteren ausführlichen Immediatberichte des Finanzministers vom 14. September desselben Jahres überhaupt erwähnt. Erst in den nun folgenden Meinungsäußerungen des Justizministers (Graf Danckelmann) wird der Landrechtssatz als Fundament der gegen die Staatskasse wegen Kriegsschäden erhobenen Ersatzansprüche bezeichnet.

Inzwischen war das Staatsministerium vom Könige[16]) beauftragt worden, die Frage des Ersatzanspruchs wegen der Folgen der Ausübung von Staatshoheitsrechten in legislative Berathung zu ziehen. Hieran knüpfte sich zunächst eine Korrespondenz zwischen dem Finanz- und dem Justizminister.[17]) In Ansehung dessen, was zu veranlassen sei, vertrat ersterer fortdauernd den Gedanken, eine „deklaratorische Ordre" zu erwirken, welche „den in den bestehenden Gesetzen schon liegenden Grundsatz, daß der Staat für Kriegsschäden der Einwohner aufzukommen in keiner Art rechtlich verpflichtet ist", scharf zum Ausdrucke bringen solle. Der Standpunkt des Justizministers war dagegen von vornherein ein anderer.[18]) Für den Fall der Aufopferung besonderer Rechte und Vortheile, in erster Linie also des Privateigenthums, sei durch § 75 Entschädigung positiv, und zwar ganz allgemein, zugesichert, ohne Rücksicht auf die rechtliche Natur derjenigen Staatsfunktion, welche die Aufopferung des Rechts veranlaßt habe. Deshalb seien Schäden, welche durch Handhabung des Hoheitsrechts der Kriegführung entstanden sind, von der Regel des § 75 nicht ausgeschlossen. Nach alledem handele es sich nicht um die Deklaration eines bestehenden, sondern um den Erlaß eines neuen Gesetzes. Jedenfalls müsse der Staatsrath in der Angelegenheit gehört werden.[19])

Unterdessen mehrten sich die fiskalischen Kriegsschädenprozesse zusehends. Unter anderen beanspruchte die Stadt Glogau vom Staate

[16]) mittelst einer zweiten Ordre vom 10. Juli 1828.
[17]) F. 40 Bl. 39 ff.
[18]) Vgl. besonders das Votum vom 28. Oktober 1828, a. a. O. Bl. 44 ff.
[19]) a. a. O. Bl. 46v.

Digitized by Google

den Ersatz der Kosten, welche ihr durch Verpflegung des während der Belagerung (1813) einquartirten französischen Festungsgouverneurs erwachsen waren. Sie erstritt in erster Instanz ein obsiegendes Urtheil, welches seine Entscheidung mit versio in rem begründet. Auch in den höheren Instanzen wurde der Fiskus verurtheilt; vom Obertribunal mit der Motivirung, daß die klagende Stadt „ohne ihre Schuld" durch den Erfurter Vertrag von 1808 (in welchem sich Preußen zur Verpflegung der französischen Garnison in Glogau verpflichtete) an Frankreich ausgeliefert worden sei. Diese Uebergabe sei freilich im Staatsinteresse nothwendig gewesen, dafür müsse aber auch der Staat „nach den allgemeinen Begriffen vom Schadensersatz" für schuldig erachtet werden, der Stadt Glogau die Kosten zu erstatten, die ihr lediglich durch die Uebergabe entstanden seien. — Ein anderes Urtheil geht von der Ansicht aus, der Krieg sei eine „Handlung des Staatsfiskus"; — um hieraus, platt genug, zu folgern, „daß Fiskus, wenn er solchergestalt Schaden anrichte, denselben auch bezahlen müsse."[20]) — Diese und noch eine Reihe ähnlicher Urtheile brachte der Finanzminister zur Kenntniß des Königs. In dem begleitenden Immediatberichte (vom 14. September 1828[21]) wendet er sich mit Schärfe gegen die Privatrechtsjuristerei der Gerichte. Das „materielle Unrecht", welches die „ebenso unrichtigen wie unbefugten" Entscheidungen stiften, erscheint ihm so groß, daß er eine Allerhöchste Entschließung darüber erbittet, ob den die Staatskasse verurtheilenden Richtersprüchen Folge zu geben, d. h. der von den Klägern erstrittene Betrag zur Zahlung anzuweisen sei. Das Ergebniß dieses Berichts war eine an den Justizminister ge-

---

[20]) Diese Erkenntnisse ziehen — im Gegensatze zu anderen — den § 75 Einl. nicht heran, beschränken sich vielmehr auf die im Text wiedergegebenen allgemeinen civilrechtlichen Ausführungen. Sie lassen ferner das Edikt wegen Vergütung der Leistungen während des jetzt beendigten Krieges vom 3. Juni 1814 (Ges.-S. S. 49) außer Betracht, was auffällig erscheint, weil jenes Edikt im § 6 „alle Kriegsschäden, veranlaßt durch Brand, Plünderung ...." ferner geleistete Quartier- und Vorspanndienste von der „Liquidation" ausschließt. Für die Liquidation, Anerkennung und Festsetzung der hierunter nicht begriffenen Kriegslasten und -Schäden hatte das Edikt ein besonderes, in die Hand der Regierungen gelegtes Verfahren eingeführt. So scheint man denn — auch seitens des Justizministeriums — das Edikt vom 3. Juni 1814 als eine formelle, in das bestehende materielle Recht nicht eingreifende, die Zuständigkeit der Gerichte im übrigen nicht berührende Verfahrensvorschrift angesehen zu haben.

[21]) abschriftlich F. 40 Bl. 49 ff.

Digitized by Google

richtete Ordre,[22]) welche in Anbetracht der Dringlichkeit der Sache, die ein Abwarten der geplanten legislativen Schritte nicht gestatte, den Minister anwies, sämmtlichen Juristen der Monarchie eine — im Staatsministerium zu berathende — „Belehrung" zu ertheilen über die Rechtsgrundsätze, nach denen fiskalische Entschädigungsprozesse der Art, wie der Glogauer u. s. w., zu entscheiden seien. Betreffs der den Gerichten vorzustellenden Rechtsgrundsätze wurde auf die frühere Ordre vom 10. Juli 1828 (s. oben) verwiesen.

Das Staatsministerium beschloß hierauf zunächst,[23]) den Erlaß eines Spezialgesetzes über die streitige Frage an Allerhöchster Stelle nicht zu befürworten, „da der Zweck desselben durch die befohlene Belehrung der Gerichte bereits erreicht werde", im übrigen aber die Angelegenheit zur Revision des Landrechts zu verweisen.[24])

Die Erörterungen über Inhalt und Fassung der den Gerichten zu ertheilenden Instruktion zogen sich indessen noch längere Zeit hin, da der nächstbetheiligte Justizminister sich dem Erlasse einer solchen „Belehrung" vorerst geradezu widersetzte. Er hielt fort und fort an der Ansicht fest, daß die Frage des Ersatzanspruchs aus Akten der Staatsgewalt einschließlich der Kriegsschäden generell durch § 75 geregelt sei. Sei man mit dieser Regelung de lege ferenda unzufrieden, so bleibe nichts übrig, als den § 75 im Wege der Gesetzgebung abzuändern oder aufzuheben.[25]) Das Staatsministerium verwarf aber diese Auffassung; durch Beschluß vom 1. Dezember 1830[26]) entschied

---

[22]) vom 29. Oktober 1828, F. 40 Bl. 48.

[23]) Beschlüsse vom 12. Januar 1829, a. a. O. Bl. 64 ff., und vom 1. Dezember 1830, Bl. 179.

[24]) Dieses Revisionswerk gelangte bekanntlich nie zum Abschluß. Nach den Akten R. 28 Bd. II Bl. 87 ff. (Votum vom 17. August 1829, gez. v. Düesberg) war geplant worden, den § 75 unter Versetzung aus der Einleitung nach Theil II Ziff. 13 folgendermaßen abzuändern: „Ist durch eine von den Behörden innerhalb der Grenzen ihrer Befugnisse in Polizei- oder Regierungssachen getroffene Verfügung ein wohlerworbenes Recht aufgehoben oder geschmälert worden, so ist der Berechtigte wegen des für ihn hieraus entstehenden Verlustes, soweit die Schadloshaltung dafür nicht andern Personen, welche aus jener Anordnung Vortheil ziehen, besonders auferlegt ist, sich an den Staat (Fiskus) zu halten wohlbefugt." — Diese Fassung giebt im Wesentlichen das heute geltende Recht wieder.

[25]) F. 40 Bl. 89.

[26]) a. a. O. Bl. 179. — Der Justizminister Graf Danckelmann war wenige Tage vor dieser Staatsministerialsitzung verstorben (Stoelzel, Brand.-Preuß. Rechtsverwaltung II S. 500). Sein Nachfolger v. Kamptz, bis dahin

Digitized by Google

es, daß die Meinung des Justizministers durch die von ihm angezogenen Gesetzesbestimmungen nicht begründet sei, noch begründet werden könne, weil das Allgemeine Landrecht die staatsrechtlichen Verhältnisse zwischen Souverän und Unterthanen nicht berühre und nicht berühren solle. Wenn der § 75 von „Aufopferungen" spreche, so habe er „nicht die Folgen einer Handlung des Souveräns", sondern die „Folgen einer Einrichtung der Staatsverwaltung" im Auge.

Durch eine Ordre vom 9. Mai 1831[27]) wurde der Rechtsstandpunkt der Majorität des Staatsministeriums gebilligt und in eingehenden Ausführungen weiter begründet. Letztere sind dann, „da sie den Gegenstand erschöpfen" auf Beschluß des Staatsministeriums wiederum in einem Immediatberichte zusammengefaßt worden, welcher, datirt vom 16. November 1831, durch Kabinetsordre vom 4. Dezember 1831 neuerdings genehmigt und mit der Genehmigungsordre zusammen in der Gesetzsammlung (1831 S. 255) publizirt worden ist.

Die Publikation lautet wie folgt:

> Da Ich die im Berichte des Staatsministeriums vom 16. v. Mts. für die Gerichte abgefaßte Belehrung über den in vorgekommenen einzelnen Fällen nicht beobachteten Unterschied zwischen landeshoheitlichen und fiskalischen Rechtsverhältnissen den Landesgesetzen und der Landesverfassung überall gemäß finde, so genehmige Ich dieselbe, und will, daß sie auf gesetzlichem Wege bekannt gemacht werde. Das Staatsministerium hat daher den zurückerfolgenden Bericht nebst Meinem gegenwärtigen Befehl durch die Gesetzsammlung zur öffentlichen Kenntniß und zur Befolgung der Gerichte zu bringen.
>
> Berlin, den 4. Dezember 1831.
>
> Friedrich Wilhelm.

An das Staatsministerium.

*

Ew. K. Maj. Allergnädigstem Befehle vom 9. Juni d. J. zufolge sind wir über die Belehrung in Berathung getreten, welche den Landesgerichten in Beziehung auf den Unterschied zwischen landeshoheitlichen und fiskalischen Rechtsverhältnissen, der in mehreren Fällen mißverstanden worden ist, auf den Grund der Gesetze und Verfassung des Landes nach den Allerh. Bestimmungen ertheilt werden soll, ohne die Berichtigung solcher Mißverständnisse von der Vollendung der Revision des Landrechts abhängig zu machen.

Ministerialdirektor, hat bereits den, auf den 16. November 1831 zurückdatirten, Staatsministerialbericht (s. den Text) „für den Justizminister" gezeichnet.

[27]) a. a. O. Bl. 207 ff.

Digitized by Google

Wir verfehlen nunmehr nicht, unsern Bericht hierüber ehrfurchtsvoll zu erstatten.

Was zu den Hoheitsrechten des Staats-Oberhaupts gehöre, und was unter dem Fiskus zu verstehen sey, ist in den Tit. 13 und 14 des 2ten Theils des Landrechts genau bestimmt, und die Gerichte dürfen nur hierauf hingewiesen werden, um die hin und wieder vorgefallene Verwechselung des Landesherrn und des Fiskus zu vermeiden. Auch ist, nach den uns vorliegenden Verhandlungen, darüber kein Zweifel angeregt, daß ein privatrechtlicher Widerspruch wider den Akt des Hoheitsrechts selbst nicht Statt finde, wohl aber ist behauptet worden, daß ein Anspruch aus den Folgen und Wirkungen dieses Akts nicht wider die Person des Landesherrn, sondern wider das Staatsvermögen, Behufs der Entschädigung zulässig sey. Aus dieser irrthümlichen Ansicht ist beispielsweise das Verfahren der Gerichte hervorgegangen, die sich für kompetent hielten, eine Klage wider den Fiskus auf Ersatz erlittener Kriegsbeschädigungen anzunehmen und über den Anspruch zu entscheiden. Allein so wenig der Souverain in Ausübung seiner Hoheitsrechte selbst von der Einwirkung irgend einer Gerichtsbarkeit abhängt, so wenig hat derselbe die Folgen dieses Gebrauchs seiner Rechte in einem gerichtlichen Verfahren zu verantworten, und die Meinung, als ob in solchen Fällen der Anspruch nicht wider den Souverain, sondern wider den Fiskus gerichtet sey, beruhet auf einer gänzlichen Verwechselung der Rechts-Verhältnisse; denn theils kann eine rechtliche Verbindlichkeit des durch die fiskalische Behörde vertretenen Staatsvermögens, die aus einem Akte des Souverains abgeleitet wird, nicht anders erörtert und entschieden werden, als daß das Recht des Souverains, diesen Akt vermöge seiner Landeshoheit auszuüben, der gerichtlichen Cognition unterworfen wird, welches als unstatthaft anerkannt ist und bei der Unabhängigkeit des Souverains, der als solcher keinen Gerichtsstand vor den Landesgerichten hat, unausführbar seyn würde; theils ist weder der Fiskus verpflichtet, weil er die Handlung des Souverains nicht zu verantworten hat, noch die fiskalische Behörde zur Einlassung auf den Prozeß legitimirt, weil sie nicht zur Vertretung der Hoheitsrechte des Souverains bestellt ist. Hiernach sind namentlich die wider den Fiskus, in vermeintlicher Vertretung einer einzelnen Provinzial-Verwaltungsbehörde angestellten Klagen auf Ersatz eines Schadens aus den Zufällen des Krieges und aus dem Besteuerungsrechte, sowie solche Ansprüche an den Fiskus der Kompetenz der Gerichte gesetzlich entzogen worden, deren Verhandlung vor Gericht die Folge gehabt haben würde, über das Hoheitsrecht des Staats-Oberhauptes zum Abschluß von Verträgen mit fremden Staaten und zu Bestimmungen über die Maßgaben ihrer Erfüllung in privatrechtliche Erörterungen verfassungswidrig einzuschreiten. So viel wir übrigens aus den uns vorliegenden Verhandlungen ersehen, sind es einige Bestimmungen in der Einleitung zum Landrechte, die das Mißverständniß der Gerichte hauptsächlich veranlaßt haben. Wenn nämlich in den §§ 73—75 verfügt wird, daß das Privat-Interesse der Einzelnen dem Gemeinwohl aufgeopfert, der Einzelne dagegen für den erleidenden Verlust vom Staate entschädigt werden müsse; so hat man dieser Bestimmung hin und wieder den Sinn beigelegt, als ob der Landesherr sich verpflichtete, diejenigen zu entschädigen, deren Privat-Interesse durch die Ausübung seiner Hoheitsrechte gefährdet wird. Allein davon abgesehen, daß eine solche Auslegung des Landrechts, dessen Vorschriften

Digitized by Google

auf privatrechtliche Verhältnisse beschränkt sind (§ 1 d. Einl.), über seine Grenzen hinaus zu einem unfruchtbaren und unausführbaren Resultate führen würde, wie sich namentlich bei Ausgleichung der Kriegsschäden und bei Vollziehung der Steuergesetze genügend ergiebt, darf man nur nicht außer Acht lassen, daß der Landesherr hier als Gesetzgeber zu seinen Unterthanen spricht, um in den erwähnten Bestimmungen den einfachen Grundsatz zu finden:[28]) daß, wenn das Interesse der Gesammtheit der Einwohner des Staates eine Einrichtung in der Verwaltung erfordert, die das Privateigenthum des Einzelnen gefährdet, die Entschädigung aus dem Gesammtvermögen zu leisten sei. Dieser allgemeine Grundsatz wird an mehreren Stellen des Landrechts auf spezielle Rechtsverhältnisse angewendet, wie beispielsweise §§ 29—32 Tit. 8 P. I., §§ 4—11 Tit. 11 P. I. Jederzeit dagegen, wenn der Landesherr erforderlich gefunden hat, eine Maßregel der inneren Verwaltung unmittelbar durch einen Akt der Gesetzgebung anzuordnen, und wenn hierbei ein Bedürfniß vorhanden gewesen ist, dem Privat-Interesse vorzusehen, ist die Verpflichtung zum Schadensersatze aus dem Staatsvermögen besonders festgesetzt worden, wie z. B. im Zollgesetze vom 26. Mai 1818 § 19. In allen dergleichen Fällen findet daher entweder aus dem allgemeinen Grundsatze § 75 der Einl. z. A. L.R. oder aus speziellen Vorschriften des Gesetzgebers ein Entschädigungsanspruch an das Staatsvermögen im fiskalischen Civilprozesse wider die betreffende Verwaltungsbehörde Statt .....[29])

Berlin, den 16. November 1831.

Das Staatsministerium.
(Unterschriften.)

An Seine Majestät den König.

Ueber Wesen und Wirkung dieser in so eigenthümliche Form gekleideten Königlichen Willensäußerung ist viel gestritten worden. Schon bald nach erfolgter Publikation ward ihre Gesetzeskraft von Klüber angefochten[30]) mit dem Hinweis darauf, daß bei Erlaß der sich als deklaratorisches Gesetz geberdenden Ordre der Staatsrath nicht gehört worden sei, durch den doch[31]) „sämmtliche Vorschläge zu neuen oder zu Aufhebung, Abänderung und authentischer Deklaration von be-

[28]) Die folgenden, entscheidenden Sätze sind im Original nicht durch Sperrdruck hervorgehoben.

[29]) Der nun folgende Schluß des Berichts interessirt hier nicht unmittelbar; er bezieht sich auf die Grenzen der Zuständigkeit der Gerichte nach § 80 Einl. S. darüber Loening, Verwaltungsarchiv III S. 109—111.

[30]) Klüber, Die Selbständigkeit des Richteramts; (1832) dazu Oppenhoff, Ressortverhältnisse S. 40 und neuerdings Loening a. a. O. S. 109 Anm. 34, der — im Gegensatz zu Oppenhoff — die Bedenken Klübers als „nicht leichtwiegend" anerkennt.

[31]) Verordnungen vom 27. Oktober 1810, 20. März 1817 (§ 2), Klüber, a. a. O. S. 135 ff.

Digitized by Google

stehenden Gesetzen" zur Sanktion des Staatsoberhauptes gelangen sollten. Aus dem sothanen „Mangel der landesverfassungsmäßigen Gesetzform" (Klüber S. 137) wird dann, nach der herkömmlichen Auffassung des richterlichen Prüfungsrechts[32]) geschlossen, daß die Gerichte in der Kabinetsordre vom 4. Dezember 1831 ein verbindliches Landesgesetz überhaupt nicht anzuerkennen haben, sondern nur eine „doktrinale Erläuterung" der in Frage kommenden Rechtsvorschriften.[33])

Daß man den Staatsrath in der Angelegenheit nicht gehört hat, entspricht den Thatsachen; auch die nun bekannt gewordenen Ministerialverhandlungen ergeben kein anderes Resultat. Diese Uebergehung des Staatsraths war übrigens vom Standpunkte der Majorität des Staatsministeriums aus betrachtet nicht unfolgerichtig. Die Auffassung der letzteren ging ja von vornherein dahin, daß ein formelles Gesetz zur Erreichung des gewollten Zweckes nicht erforderlich sei, welcher vielmehr schon durch eine administrative „Belehrung" der Gerichte gesichert werden könne.[34]) In einem späteren Stadium der Verhandlungen scheint allerdings die abweichende Meinung des Justizministers bei dem Könige vorübergehend Billigung gefunden zu haben; die oben (S. 76) erwähnte Ordre vom 9. Juni 1831 bestimmt nämlich: „Ich will jedoch, daß die — zu erlassende Bekanntmachung in gesetzlicher Form erfolge, und trage dem Staatsministerium deshalb auf, nach

[32]) Laband, Staatsrecht d. deutschen Reichs (2. Aufl.) I S. 551 ff.

[33]) Klüber S. 139 u. ff. Nach Feststellung seines allgemeinen Standpunktes über die rechtliche Natur dieser „Belehrung" unternimmt Klüber den Nachweis, daß das Staatsministerium die §§ 74, 75 unrichtig auslege und die Deduktionen des Ministerialberichts daher unhaltbar seien. Die Einzelheiten interessiren hier nicht weiter, da es bei der im Text vertheidigten formellen Gesetzeskraft des Berichts auf dessen Begründung nicht mehr ankommen kann. Daß letztere die Tragweite des § 75 völlig verkennt, ist m. E. unzweifelhaft; (s. auch unten S. 85 ff.) der Widerstand des Justizministers gegen die ganze Aktion knüpft hier an. Was die Majorität der Minister unter Führung des Finanzministers beabsichtigte, ließ sich eben nicht aus dem A. L.R. herausinterpretiren; schon der nächste Zweck des Vorgehens, die Abschneidung der Möglichkeit weiterer Kriegsschädenprozesse im Interesse der Staatsfinanzen, war auf dem Boden des geltenden Rechts nicht zu erreichen. Die „Deklaration" von 1831 hat das letztere in tiefgreifender Weise umgestaltet.

[34]) Eine derartige Beeinflussung der Justiz durch ministerielle Anweisungen war nicht ohne Vorgang. Vgl. das von Klüber a. a. O. S. 113 ff. wiedergegebene „belehrende Reskript" des Justizministers vom 22. November 1826, betreffend die Anwendung der Verordnung vom 25. Januar 1823 über die streitige Auslegung von Staatsverträgen.

Digitized by Google

obigen Bestimmungen den Entwurf eines, die schon vorhandenen Bestimmungen deklarirenden Gesetzes abzufassen und Mir zur weiteren Vorlegung an den Staatsrath einzureichen".

Hierbei blieb es freilich nicht. Was das Staatsministerium unter dem 16. November 1831 vorlegte, ist kein Gesetzentwurf, sondern ein die Rechtsauffassung der Majorität wiedergebendes Gutachten. Zu einer Betheiligung des Staatsraths war daher eine formelle Veranlassung nicht vorhanden. Ohne Anhörung dieser Körperschaft hat der König jenes Gutachten sanktionirt und publizirt. Welche Wirkung hatte dies?

Die Bekanntmachung des Königlichen Willens ist „auf gesetzlichem Wege", das heißt durch die Gesetzsammlung, erfolgt. Das Staatsministerium hat sein Gutachten auftragsgemäß „nebst Meinem gegenwärtigen Befehl durch die Gesetzsammlung zur öffentlichen Kenntniß und zur Befolgung durch die Gerichte" gebracht. Damit war und ist für die Gerichte wie für alle Behörden jedenfalls eine formell und materiell bindende Entscheidungsnorm geschaffen. Die Prüfung gehörig verkündeter Königlicher Verordnungen auf ihre Rechtswirksamkeit ist den Gerichten nicht erst durch Art. 106 der Verfassungsurkunde untersagt, — eine dahingehende Ausdehnung der richterlichen Zuständigkeit wäre mit den Kompetenzabgrenzungen des absoluten Staates unvereinbar gewesen.[35])

Daß das ministerielle Gutachten vom 16. Dezember 1831 in der Kabinetsordre als eine „für die Gerichte abgefaßte Belehrung" bezeichnet ist, thut der Tragweite des gewollten und unzweifelhaft auch erreichten Ergebnisses keinen Eintrag. Die Gerichte sollen die Belehrung „befolgen", sie also wie jede andere, ihrer Nachprüfung entzogene Vorschrift ihren Entscheidungen zu Grunde legen. Die vom Willen des Gesetzgebers umfaßten und getragenen Ausführungen des Staatsministeriums sind — in ihrem entscheidenden Theile [36]) — den Gerichten Richtschnur und Recht. Die formelle und materielle Gesetzeskraft (beides

[35]) Dies kann aus der Verordnung wegen verbesserter Einrichtung u. s. w. vom 26. Dezember 1808 § 36 gefolgert werden. Danach ist eine richterliche Kognition über die Handhabung der gesetzgebenden Gewalt wie alle anderen „wirklichen Majestäts- und Hoheitsrechte" ausgeschlossen. Oppenhoff S. 42 Nr. 100, S. 43 Nr. 104.

[36]) In der obigen Wiedergabe des Gutachtens durch Sperrdruck hervorgehoben. — Der begründende Theil des Gutachtens hat natürlich so wenig wie andere Gesetzesmotive Gesetzeskraft erlangt.

Digitized by Google

fällt hier zusammen) der Kabinetsordre vom 4. Dezember 1831 wird nicht gehemmt durch die Uebergehung des Staatsraths; sie wurde vielmehr begründet und rechtsverbindlich festgestellt durch den Akt der Publikation des Königlichen Willens, dessen Inhalt im absoluten Staate jedenfalls Gesetz war. In diesem Sinne ist dem Ausspruche des Gerichtshofs zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte,[87]) der Staatsministerialbericht vom 16. November sei durch die Königliche Ordre vom 4. Dezember 1831 „zum Gesetz erhoben worden", vollkommen beizustimmen. Unzweifelhaft würde dieses Gesetz heute nur durch ein formelles Gesetz — also mit Zustimmung des Landtags der Monarchie — abgeändert oder aufgehoben werden können.

Die allgemeinen Grundsätze, welche die Gesetzgebung des Jahres 1831 in der Frage des Ersatzanspruchs aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt aufgestellt hat, gelten als solche noch heute. Danach steht dem Einzelnen, dessen Privateigenthum durch eine „Einrichtung in der Verwaltung gefährdet wird", ein Anspruch auf Entschädigung aus dem „Gesammtvermögen" zu. Bedeutung und Tragweite dieses Rechtssatzes sind unten eingehend zu erörtern. Seine spezialgesetzliche Ausbildung bleibt hier, wo es sich um das Prinzip handelt, überall außer Betracht. Das Prinzip selbst aber ist insbesondere nicht abgeändert worden durch das Gesetz über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen vom 11. Mai 1842 und ebensowenig durch die Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 (Art. 9).

Das Gesetz von 1842, § 4, sagt:

> „Steht einer polizeilichen Verfügung ein besonderes Recht auf Befreiung (§ 2) nicht entgegen, es wird aber behauptet, daß durch dieselbe ein solcher Eingriff in Privatrechte geschehen sei, für welchen nach den gesetzlichen Vorschriften über Aufopferungen der Rechte und Vortheile des Einzelnen im Interesse des Allgemeinen Entschädigung gewährt werden muß, so findet der Rechtsweg darüber Statt, ob ein Eingriff dieser Art vorhanden sei und zu welchem Betrage dafür Entschädigung geleistet werden müsse".

Damit ist über Inhalt und Umfang des Ersatzanspruchs überhaupt nichts gesagt; das Gesetz läßt die „gesetzlichen Vorschriften", auf welche

---

[87]) Urtheil vom 9. Februar 1856, Justiz-Min.-Bl. S. 87.

Digitized by Google

es Bezug nimmt, ausdrücklich unberührt. Dies wird nicht selten verkannt.[38]) — Keinesfalls liegt darin, daß das Gesetz vom 11. Mai 1842 nur von Eingriffen in Privatrechte spricht, eine abermalige Einengung des Ersatzanspruchs gegenüber polizeilichen Verfügungen;[39]) denn auf den Fall der Aufopferung von Privateigenthum hatte bereits die Kabinetsordre vom 4. Dezember 1831 den Anspruch ganz generell beschränkt. Das Gesetz von 1842 sagt auch hierin nichts Neues.

Die Verfassungsurkunde proklamirt in Art. 9:

> „Das Eigenthum ist unverletzlich. Es kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles gegen vorgängige, in dringenden Fällen wenigstens vorläufig festzustellende Entschädigung nach Maßgabe des Gesetzes entzogen oder beschränkt werden."

Die Preußische Verfassung spricht hier einen in fast allen seit 1789 geschaffenen Staatsgrundgesetzen wiederkehrenden Satz aus oder vielmehr nach.

Daß diese Verfassungsvorschriften durchschnittlich weniger sagen, als sie zu sagen scheinen, wurde bereits bemerkt.[40]) Der Art. 9 der Preußischen Verfassung formulirt zunächst nur das Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung gegenüber dem Privateigenthum.[41]) Daß mit der „Heiligsprechung" des letzteren weiterhin die Garantie aller erworbenen Vermögensrechte gegenüber der Gesetzgebung im Sinne des extremen Individualismus[42]) habe sanktionirt werden sollen, davon kann nicht die Rede sein. Bei Berathung des Artikels hat man, wie die hierauf

---

[38]) So meint Foerster-Eccius, Preuß. Priv.R. I (5. Aufl.) § 18 Nr. 14: „Inwiefern abgesehen von der Zwangsenteignung gegenüber Eingriffen in die Privatrechtssphäre des Einzelnen . . . Entschädigung zu gewähren ist, regelt das Gesetz vom 11. Mai 1842". Auch in der Rechtsprechung wird der Ersatzanspruch vielfach fälschlich aus dem Gesetz von 1842 statt aus dem § 75 und der K.O. von 1831 hergeleitet, — z. B. Ob.Trib. (O.Tr.) v. 5. Juli 1866, Striethorst 64 S. 184; O.Tr. v. 24. Februar 1868, das. 71 S. 78; Reichsgericht (R.G.) v. 14. Januar 1882, E. in Civils. 6 S. 295.

[39]) Loening a. a. O. S. 132 behauptet eine solche Einengung durch das Gesetz von 1842; gemeint ist aber eine Beschränkung des Rechtsweges, nicht des materiellen Anspruchs, und zwar im Vergleich mit den Kompetenzbestimmungen der Verordnung vom 26. Dezember 1808 § 40. Darauf ist hier nicht einzugehen.

[40]) Studie II, Anm. 108.

[41]) — wozu es freilich keines Verfassungsartikels bedurft hätte, denn dies galt schon im absoluten Staat: A.L.R. I 8 § 32.

[42]) Rüttimann, Nordamerikan. Bundesstaatsrecht II S. 214ff.

Digitized by Google

bezüglichen parlamentarischen Verhandlungen ergeben,[43]) jedenfalls nur das bereits öfter definirte Gebiet der Expropriation, der zwangsweisen Uebereignung eines Rechtsobjekts von einem Inhaber auf einen andern, im Auge gehabt. Abgesehen hiervon enthält aber auch Art. 9 keinen Rechtssatz, aus welchem der von einem schadenstiftenden Staatsakte Betroffene einen Entschädigungsanspruch unmittelbar herleiten könnte. Die Entschädigung soll gewährt werden „nach Maßgabe des Gesetzes", das heißt nach Vorschrift der jeweils bestehenden allgemeinen Rechtsgrundsätze oder Spezialgesetze. Hiermit ist zuvörderst das geltende Recht — insbesondere also der § 75 und die K.O. von 1831 — aufrechterhalten; weiterhin ist eine Direktive für die Verwaltungsgesetzgebung gegeben, welche im übrigen nicht als derart bindend gedacht wurde, daß eine entschädigungslose Aufhebung oder Beschränkung von Eigenthumsrechten im Wege der Gesetzgebung ganz ausgeschlossen sein sollte.[44]) Dieser Punkt wurde bei den Berathungen als selbstverständlich hingestellt.[45])

Aus der Nichtbefolgung jener Direktive durch die Spezialgesetzgebung erwächst dem Einzelnen kein Rechtsanspruch. Anders ausgedrückt: für den Richter stellt Art. 9 kein unmittelbar anzuwendendes Recht dar, in dem Sinne, daß er, wenn andere Gesetze sie versagen, etwa aus Art. 9 Entschädigung zusprechen dürfte.[46]) Das legislative Prinzip des Artikels läßt das bestehende Recht unberührt und bedarf im weiteren — ohne daß der Richter dem Gesetzgeber vorgreifen dürfte — der Verwirklichung von Fall zu Fall.

---

[43]) I. Kammer, 1849 Bd. II S. 668 ff.; II. Kammer, 1849 Bd. I S. 523; dazu v. Roenne, Staatsr. d. Preuß. Monarchie II S. 98 ff., sowie neuestens Schwartz, Kommentar zur Verfass.Urk. S. 70.

[44]) Damit hätte man ja beispielsweise auch den Vermögensrechten feudalen Ursprungs die „Unverletzlichkeit" gewährleistet, was den Ideen und Männern von 1848 gewiß am fernsten lag. Vgl. z. B. Gesetz, betr. die Aufhebung des Jagdrechts, vom 31. Oktober 1848, § 1; Gesetz, betr. die Ablösung der Reallasten, vom 2. März 1850, §§ 2, 3. Oben Studie I, Anm. 23, Studie II, Anm. 108.

[45]) I. Kammer a. a. O. S. 668, 670.

[46]) Die Motivirung eines Urtheils mit Art. 9 ist daher zum mindesten überflüssig. Vgl. die oben Anm. 38 angeführten Erkenntnisse. Mit der Darstellung des Textes übereinstimmend: R.G. v. 20. September 1890, Entsch. 26 S. 340; Preuß. Oberverwaltungsgericht v. 5. Dezember 1881, Entsch. 8 S. 329.

Digitized by Google

II. Begriffliche Untersuchungen.

1. Inhalt der Kabinetsordre vom 4. Dezember 1831 im Allgemeinen.

Die vom Gesetzgeber sanktionirte Rechtsauffassung, welche den Inhalt des staatsministeriellen Gutachtens vom 16. November 1831 bildet, hat, wie bereits aus den bisherigen Schilderungen entnommen werden kann, und wie im Folgenden nun näher darzulegen sein wird, die landrechtliche Regelung der Entschädigungsfrage in einschneidender Weise verändert. Die §§ 70, 75 der Einleitung zum A. L.R. stehen zwar in der Fassung, die ihnen die Gesetzgebung von 1794 gab, noch in jedem Abdrucke des Landrechts zu lesen, in Wirklichkeit haben sie aber durch die „Deklaration" von 1831 eine erhebliche Einschränkung hinsichtlich des Entschädigungsprinzipes erlitten. Die K.O. von 1831 beherrscht — wie dies von Oppenhoff[47]) richtig hervorgehoben wird — das hier erörterte Gebiet in dem Grade, daß sie als eigentliche sedes materiae bezeichnet werden muß. Dieser Wichtigkeit ihrer Stellung entspricht es freilich nicht, wenn sie in Handausgaben des Allg. Landrechts nur eben anmerkungsweise, ohne Wiedergabe ihres Inhalts erwähnt wird,[48]) und einige Schriftsteller ihre Berücksichtigung an entscheidenden Punkten sogar gänzlich vermissen lassen.[49])

Die K.O. von 1831 hat Gesetzeskraft für das ganze damalige Gebiet des Preußischen Staates; auch für diejenigen Landestheile, welche im Jahre 1831 nicht nach Landrecht, insbesondere also auch nicht nach den „deklarirten" §§ 70, 75, lebten. Sie gilt daher namentlich im Gebiete des rheinisch-französischen Rechts.[50]) Nicht das Gleiche ist von den 1866 erworbenen Provinzen zu sagen. Zwar ist dort — mittelst Kgl. Verordnung vom 16. September 1867 (Ges.-S. S. 1515) — die altländische Gesetzgebung über die Zuständigkeitsgrenzen zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden, und insoweit auch der hierauf bezügliche Theil der K.O. von 1831 eingeführt worden. Ist nun hiernach über Ersatzansprüche aus „Einrichtungen in der Verwaltung"

---

[47]) Ressortverhältnisse S. 40 Nr. 92.

[48]) z. B. die Rehbein-Reincke'sche Ausgabe. Vgl. dagegen die Rehbein'sche Sammlung von Entscheidungen des Obertribunals Bd. I zu Einl. §§ 74, 75 (2. Aufl. S. 27 ff.), wo die Tragweite der K.O. v. 1831 für die Praxis überall hervortritt.

[49]) Vgl. die unten Anm. 87, 106, 107 besprochenen Ausführungen von Foerster-Eccius und Paris.

[50]) Zustimmend Oppenhoff S. 40 Nr. 92.

Digitized by Google

der ordentliche Rechtsweg in den neuen Provinzen eröffnet (Art II der cit. Verordnung), so sind damit selbstverständlich die dort geltenden materiellen Entscheidungsnormen nicht berührt.[51])

In dem so begrenzten Theile des Staatsgebietes gilt das sanktionirte Gutachten vom 16. November 1831 als Landesgesetz. Naturgemäß erstreckt sich diese Gesetzeskraft, wie bereits hervorgehoben,[52]) nur auf den entscheidenden, nicht auf den begründenden Theil des Gutachtens. In letzterer Beziehung enthält es eine Reihe sehr angreifbarer und zum Theil irrthümlicher Deduktionen de lege lata.[53]) Um nur auf einige Punkte aufmerksam zu machen, so ist es zunächst unrichtig, wenn gesagt wird, daß die Vorschriften des Allg. Landrechts sich auf das Privatrecht beschränken; ein Blick auf Theil II Tit. 13 des Gesetzbuchs lehrt das Gegentheil. Verfehlt ist ferner die Auffassung, als solle bei Entschädigungsklagen aus vermögensbeeinträchtigenden Akten der Staatsgewalt der Souverän „vor Gericht gezogen" und dort für die Folgen der Ausübung seiner Hoheitsrechte verantwortlich gemacht werden. — Um ein „Verantwortlichkeitsverhältniß" handelt es sich hier überall nicht; von einer Anzweiflung des inzidenten Hoheitsaktes hinsichtlich seiner Rechtswirksamkeit ist bei Gelegenheit des Entschädigungsstreits keine Rede. Hierin beweist die ganze Argumentation des Gutachtens überdies zuviel, denn wenn es die gerichtliche Kognition über die Folgen der Handhabung von Hoheitsrechten gewissermaßen als juristische Unmöglichkeit („bei der Unabhängigkeit des Souveräns, der ... keinen Gerichtsstand vor den Landesgerichten hat" u. s. w.) hinstellt, so trifft es mit dieser Deduktion doch auch die Fälle, in denen diese „Unmöglichkeit" durch ausdrückliche gesetzliche Anordnung (z. B. das im Gutachten selbst angeführte Zollgesetz von 1818) zur Wirklichkeit geworden ist. — Doch kann dies alles dahingestellt bleiben, denn die unzutreffende Begründung schmälert die Gesetzeskraft der

---

[51]) Aeltere Landesgesetze, welche dem § 75 an die Seite zu stellen wären, bestehen in den neuen Provinzen, soviel ich sehe, nicht. S. auch Loening, Verwaltungsrecht S. 786 Anm. Die früheren Oberappellationsgerichte zu Wiesbaden und Darmstadt und das Oberlandesgericht zu Kiel wenden in einschlagenden Fällen Gemeines Recht an; die frühere Praxis des O.A.G. zu Cassel stützt sich vorwiegend auf „allgemeine Rechtsgrundsätze". — S. oben Studie I S. 10ff.

[52]) oben Anm. 36.

[53]) Vgl. wiederum die oben Anm. 30 angef. Schrift von Klüber und neuerdings Loening, Verwaltungsarchiv III S. 109ff. (nur auf die Kompetenzfrage bezüglich).

Digitized by Google

Schlußfolgerungen, zu denen das Staatsministerium gelangt, um keines Haares Breite.

Der § 75 hatte ganz allgemein gesagt, daß der Staat denjenigen, der seine besonderen Rechte und Vortheile zum Wohle des Ganzen habe aufopfern müssen, zu entschädigen gehalten sei. Auf die Form des zur Aufopferung nöthigenden Staatsaktes kam es hiernach so wenig an, wie auf seine materielle Natur (Gesetz, Verordnung, Verfügung) oder auf die Stellung des Staatsorgans, von welchem der Akt ausgeht. Insbesondere war eine Sonderstellung der sog. Majestätsrechte oder überhaupt der unmittelbaren Thätigkeit des Staatsoberhauptes durchaus nicht vorgesehen. — Als Gegenstand der Aufopferung werden „besondere Rechte und Vortheile" erfordert. Hierbei ist zwischen Privat- und öffentlichen Rechten nicht unterschieden.

Nach beiden im Vorstehenden bezeichneten Richtungen hat die K.O. von 1831 den Rechtszustand geändert. Der Kreis der anspruchserzeugenden Staatsakte ist unter ausdrücklichem Ausschluß der „Majestäts- und Hoheitsrechte" auf „Einrichtungen in der Verwaltung" beschränkt. Und ferner: das aufgeopferte Recht ist dem Betroffenen nur dann zu ersetzen, wenn es zu seinem Privateigenthum gehörte.

Wie sich hiernach die Voraussetzungen des allgemeinen Ersatzanspruchs aus vermögensbeschädigender Handhabung der Staatsgewalt nach preußischem Recht gestalten, dies ist nun im Einzelnen festzustellen.

---

2. Die anspruchserzeugenden Staatsakte.

Die hier geführte Untersuchung hat als Rechtsgrund von Entschädigungsansprüchen lediglich Akte der Staatsgewalt im Auge. Damit scheiden aus dem Kreise der zu prüfenden Thatbestände vorab aus alle solche, in denen der Staat nicht sein hoheitliches, sondern sein privatwirthschaftliches Wesen zeigt, in denen er sich „benimmt wie ein Einzelner".[54]) Dies sind die Fälle „fiskalischer" Thätigkeit;

[54]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsr. I S. 138, 141 ff., II S. 350, 358, 359. Im Einzelnen zieht aber O. Mayer die Grenzen dessen, was er „öffentliche Verwaltung" nennt und damit dem öffentlichen Recht unterstellen will, viel zu weit. Vgl. namentlich unten Anm. 60. Ich vermag nicht einzusehen, warum auf die Thätigkeit des Staates als Verwalter seines Eigenthums (O. Mayer II S. 82), als Verpächter, Depositar (O. Mayer II S. 350 Anm. 7), Frachtführer (O. Mayer S. 353 Anm. 10) das Privatrecht, einschließlich des Schadensersatzrechts, nicht Anwendung finden soll. —

Digitized by Google

sie bieten für das hier verfolgte Ziel ein spezifisches Interesse nicht dar. Der Staat als Fiskus ist dem Privatrecht unterworfen. Die Anwendung des Privatrechts erstreckt sich selbstverständlich auch auf die Entschädigungsansprüche, welche dritte Personen aus dem wirklichen oder vermeintlichen suo iure uti des Fiskus bezw. der fiskalischen Verwaltungsbehörde geltend machen. Um im Rahmen des Landrechts zu bleiben, so gilt hier zunächst und als Grundsatz der § 36 I 6 mit seinem qui suo iure utitur, neminem laedit, es gilt das Verbot der Chikane (§ 37 I 6) und darüber hinaus das gesammte civile Schadenersatzrecht. Keinesfalls aber gelten die vorliegend in Frage kommenden Vorschriften des § 75 und der K.O. von 1831 über die öffentlichrechtliche Entschädigung. In der Praxis der Gerichte ist dies grundsätzlich namentlich seit einem Plenarbeschlusse des Obertribunals vom 1. Juli 1850[55]) anerkannt, dessen Tenor: „Aus § 75 der Einl. ist der Staat zum Ersatz des Schadens, welcher dem Einzelnen durch eine zum Gemeinwohle bestimmte Einrichtung verursacht worden .... nicht verpflichtet, wenn die Befugniß zur Anlage schon aus §§ 36—38 I 6, §§ 26—28 I 8 A.L.R. [d. h. eben dem fiskalischen suo iure uti] hergeleitet werden kann" — in den Begründungen vieler späteren Urtheile als Lehrsatz wiederkehrt.[56])

Nach der landrechtlichen Zweitheilung ist zu unterscheiden zwischen „gemeinem" und „besonderem" Staatseigenthum.[57]) In letzterem, dem auf Grund besonderer Rechtstitel erworbenen Eigenthum an den res fisci, also z. B. an Landgütern, Forsten, Fabrikgebäuden prägt sich der privatwirthschaftliche Charakter des Instituts am meisten aus; die ausschließliche Herrschaft des Privatrechts ist hier unbezweifelt. Die Verwaltung jener Vermögensobjekte ist „Verwaltung nur in dem Sinne, wie etwa die Verwaltung der eigenen Angelegenheiten bei einem Privaten".[58]) Wie aber verhält es sich mit der Verwaltungsthätigkeit an den Gegenständen des gemeinen Eigenthums, vor Allem an den öffentlichen Verkehrswegen zu Wasser und zu Lande, den „Land- und Heerstraßen, den von Natur schiffbaren Strömen, dem Meeresufer, den Häfen"? (A.L.R. II, 14 § 21).[59])

[55]) Entsch. 20 S. 3, dazu: Paris, Die Entschädigungsberechtigung der Adjazenten (1881) S. 9 ff.

[56]) S. auch Koch, Kommentar z. A.L.R. Bd. I S. 64 zu 2.

[57]) A.L.R. II 14 § 1, 11 ff., 21 ff., Dernburg, Preuß. Priv.R. I, 5. Aufl., S. 138 u. Anm. 11.

[58]) Otto Mayer, Verwaltungsrecht I S. 141.

[59]) Die übrigen Objekte des „gemeinen Eigenthums" (§§ 22, 23 II 14)

Digitized by Google

Diese Herrschaftsobjekte dienen zwar — im Gegensatze zu dem besonderen Staatsgut — bestimmungsgemäß öffentlichen und nicht privatwirthschaftlich-fiskalischen Zwecken. Allein dies ändert nichts an der rechtlichen Natur des gemeinen Eigenthums, welches Privatrecht ist und bleibt.[60]) Das Gesetzbuch giebt diesem Gedanken mit den Worten Ausdruck: „Dies gemeine Staatseigenthum selbst ist den Domainen (d. h. den res fisci) völlig gleich zu achten" (II 14 § 25). Die Verwaltung der dem Staat und seinen Delegataren, den Gemeinden, gehörigen Land- und Wasserstraßen ist nicht Ausübung eines dem Privatrecht entrückten, durch Normen eigener, publizistischer Art beherrschten „öffentlichen Eigenthums"; sie ist vielmehr, grundsätzlich betrachtet, gleichfalls nur ein privatwirthschaftliches suo iure uti, nicht anders, wie die fiskalische Domänen- oder Forstverwaltung. Die Bauthätigkeit des Strombaufiskus, der Gemeinde als Straßenherrin ist nicht Handhabung der öffentlichen Gewalt.[61]) Im scharfen

sind hier außer Betracht zu lassen. Es hat heute keinen Sinn mehr, die „Befugniß, große Geldstrafen aufzuerlegen", als Ausfluß eines — wie immer gearteten — Eigenthumsrechts zu konstruiren. Die in § 22 II 14 bezeichneten privilegirten Okkupationsrechte sind theils (wie das Berg- und Jagdregal) durch die neuere Gesetzgebung beseitigt, theils haben sie (wie das Recht auf erblose Verlassenschaften) einen so ausgesprochen privatrechtlichen Charakter, daß sie die im Texte vertretene Auffassung von der rechtlichen Natur des gemeinen Eigenthums am wenigsten zu ändern vermögen.

[60]) Entgegengesetzter Ansicht — wiewohl ohne spezielle Bezugnahme auf das hier allein in Frage kommende preußische Recht — ist O. Mayer a. a. O. II §§ 35, 36. Nach ihm ist das Eigenthum des Staates an den öffentlichen Sachen „öffentliches Eigenthum im Sinne von öffentlichrechtlichem Eigenthum" (a. a. O. S. 68). Vgl. auch S. 82: „Die Bedeutung der öffentlichen Sache besteht darin, daß die rechtliche Herrschaft, in welcher sie steht, nach öffentlichem Recht beurtheilt wird." — Diese Ansicht kann nach O. Mayer's eigenem Zugeständniß (S. 69) „durchaus noch nicht als die herrschende bezeichnet werden". Für das preußische Recht wird man angesichts des im Text citirten § 25 A. L. R. II 14, der doch durch keine theoretische Konstruktion aus der Welt geschafft werden kann, einstweilen bei der herrschenden Ansicht: gemeines Eigenthum ist Privateigenthum, beschränkt durch den Gemeingebrauch — bleiben müssen. Danach ist die Verwaltung der öffentlichen Wege u. s. w. — im scharfen Gegensatze zur „Polizei der öffentlichen Sache" (O. Mayer I S. 263, II S. 93) — privatwirthschaftliche Eigenthumsverwaltung. Ueber Ausnahmen von dieser Regel s. weiter unten im Text. Eine Auseinandersetzung zwischen der herrschenden und der O. Mayer'schen Ansicht ist an dieser Stelle ganz unmöglich, es ist das eine Aufgabe für sich.

[61]) Anders ist dies in andern Gesetzgebungen geordnet. Vgl. bezüglich des öffentlichen Eigenthums an Strömen O. Mayer Art. Ströme in v. Stengel's

Digitized by Google

Gegensatze zu der rein obrigkeitlichen Staatsthätigkeit auf den öffentlichen Verkehrswegen, der Straßen- und Strompolizei, können daher die Entschädigungsgrundsätze des § 75 und der K.O. von 1831 jener Bauthätigkeit gegenüber nicht zur Anwendung gelangen; Vermögensbeschädigungen, die auf diesem Gebiet öffentlicher Thätigkeit vorfallen, sind unter den Gesichtspunkten des Privatrechts zu würdigen.

Indessen gilt dies doch nur grundsätzlich. Spezialgesetze verwaltungsrechtlichen Inhalts haben bedeutsame Ausnahmen geschaffen. Wichtig ist vor allem das Gesetz über die Befugnisse der Strombauverwaltung vom 20. August 1883, welches die Thätigkeit dieser Verwaltung in der Hauptsache auf eine eigene öffentlichrechtliche Grundlage stellt, den Strombehörden (immer abgesehen von der Strompolizei) selbständige Machtbefugnisse gegenüber dem Privateigenthume der Uferanlieger verleiht (z. B. §§ 3, 8 des Gesetzes) und damit den öffentlichen Arbeiten auf diesem Gebiet einen obrigkeitlichen Charakter aufprägt. Der Ersatz von Vermögensbeschädigungen der Stromanlieger ist gleichfalls im Gesetze (§§ 3, 8, 12) geregelt, sodaß die hier erörterten allgemeinen Grundsätze zunächst nicht mehr in Betracht kommen. — Die Verwaltung des andern Hauptobjekts des gemeinen Eigenthums, der öffentlichen Straßen, zeigt den privatrechtlich-fiskalischen Charakter noch viel reiner als die Strombauverwaltung. An einem allgemeinen Gesetze, welches der Bauthätigkeit der Straßeneigenthümer — als solche kommen in erster Linie die Ortsgemeinden in Betracht — ähnliche Machtbefugnisse gegenüber den Adjazenten einräumte, wie dies durch das Strombauverwaltungsgesetz geschehen ist, fehlt es bisher;

Wörterbuch II S. 591: „Nach dem Rechte der süddeutschen Staaten, für welche das Vorbild des hochentwickelten französischen Verwaltungsrechts von Einfluß geworden ist, ist das Eigenthum des Staates am Strome eine vollkommene Beherrschung dinglicher Art, dem Privateigenthum vergleichbar, nur daß sie den Regeln des Privatrechts nicht unterworfen ist, sondern ..... Regeln des öffentlichen Rechts." — Besonders lehrreich ist der Vergleich des preußischen mit dem französischen Verwaltungsrecht (O. Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts S. 224 ff., 276 ff., 282). Nach letzterem fällt die im Texte besprochene Straßen- und Strombauverwaltung unter den, unserem Recht fremden, Begriff der „travaux publics". Letztere erscheinen aber im französischen Rechte durchaus als hoheitliche, nicht als privatrechtlich-fiskalische Thätigkeit. Dementsprechend ist denn auch die hier interessirende Entschädigungsfrage eigenartig und ohne Anknüpfung an privatrechtliche Gesichtspunkte geregelt, a. a. O. S. 280 ff., 345 ff. Vgl. über das publizistische Eigenthum des französischen Rechts jetzt auch O. Mayer, Verwaltungsr. II § 35, 36, passim.

Digitized by Google

an Befugnissen obrigkeitlicher Natur besitzen die Gemeinden als Straßenherren wesentlich nur das Recht der Fluchtlinienfestsetzung: Gesetz vom 2. Juli 1875.[62]) Soweit letzteres Gesetz keine Sonderbestimmungen enthält (es bezieht sich überhaupt nur auf Straßen und Plätze innerhalb der Ortsgemeinden, nicht auch auf Straßenzüge außerhalb derselben), treten also hinsichtlich der Befugnisse der Straßenverwaltung und des Ersatzanspruchs aus Vermögensbeeinträchtigungen durch dieselbe die oben dargelegten allgemeinen Grundsätze ein.

Danach ist die Errichtung von Anlagen auf dem gemeinen Eigenthum an sich eine privatrechtliche, keine obrigkeitliche Thätigkeit des Staats oder des als Straßenherr auftretenden Kommunalverbandes. Hierher gehört z. B. die Sperrung, ferner die Niveau-Aenderung eines öffentlichen Weges durch seinen Eigenthümer.[63]) Derartige bauliche Herstellungen sind nach Privatrecht, insbesondere nach den Regeln des Nachbarrechts[64]) zu beurtheilen. Entstehen beispielsweise den anliegenden Grundeigenthümern durch die Höher- oder Tieferlegung einer Straße Vermögensnachtheile (wie Zugangserschwerungen), so kann die Forderung auf Ersatz dieser Schäden jedenfalls nicht als Entschädigungsanspruch aus rechtmäßiger Handhabung der öffentlichen Gewalt konstruirt werden. Von der Hierherbeziehung des § 75 und der K.O. von 1831 kann daher schon aus diesem Grunde keine Rede sein.[65])

---

[62]) Dasselbe regelt gleichfalls die Entschädigungsfrage (§ 13) selbständig und eigenartig und derogirt insoweit dem § 75 und der K.O. von 1831.

[63]) Von der Polizeibehörde angeordnet bezw. vorgenommen würde die Maßregel als obrigkeitliche erscheinen!

[64]) Dernburg a. a. O. S. 138, Koch a. a. O. zu I, 8 § 185 Nr. 87. (Anspruch auf Entschädigung, wenn bei Erhöhung des an dem Grundstücke vorüberführenden Bürgersteiges die gesetzliche (I 8 § 185, 186) Entfernung von 3 Fuß nicht eingehalten, vielmehr die Höherlegung unmittelbar an der Mauer des Anliegers vorgenommen ist.)

[65]) Koch a. a. O. I S. 64 zu 2. — Doch wird der im Texte festgehaltene Standpunkt in Litteratur und Praxis meist übersehen, wie namentlich in der Schrift von Paris (daselbst auch die Praxis). — Im Ergebniß mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmend zwei fast gleichlautende Entsch. d. R.G. v. 14. Mai 1887, Seuffert, Arch. N. F. 12 Nr. 301 u. v. 16. November 1895, Pr. Verwaltungsbl. 1895 S. 162. Es waren Entschädigungsansprüche gegen die Stadtgemeinde als Eigenthümerin einer öffentlichen Brücke erhoben worden, weil durch den Umbau der Brücke und dessen Folgen (Zugangserschwerung, störendes Geräusch durch Rammarbeiten u. s. w.) dem Kläger, dessen Gastwirthschaft an der Straße liegt, in deren Zuge sich die Brücke befindet, ein Vermögensschaden entstanden sei. — Das R.G. weist den Anspruch ab und verneint insbesondere die Anwendbarkeit des § 75, denn die Beklagte habe sich bei dem

Digitized by Google

Es steht hier einfach Eigenthümer gegen Eigenthümer, nicht Staatsgewalt wider Einzelrecht. — Eine (namentlich in der Praxis) verbreitete Meinung neigt dazu, den durch Ausführung von Straßenbauten geschädigten Adjazenten einen Anspruch auf Schadloshaltung gegen den Straßenherrn in weitem Umfange zu gewähren (vgl. vorläufig Dernburg a. a. O. I S. 631); jedoch mit einer Motivirung, die in einem andern Zusammenhange zu erörtern ist.[66]) Man vertheidigt die Ansicht, daß den Eigenthümern der die Straße begrenzenden Gebäude das Recht auf ungeschmälerte Kommunikation mit der Straße als wohlerworbenes Recht (Grundgerechtigkeit) zustehe, in welches die Straßenverwaltung zwar durch „Machtspruch" eingreifen dürfe, eben dadurch sich aber auch — § 75, K.O. von 1831 — ersatzpflichtig mache.[67]) Auf die rechtliche Natur des Anliegerverhältnisses ist noch zurückzukommen. Die Auffassung desselben als erworbenes Recht auf Unterlassung aller die Kommunikation mit der Straße erschwerenden Arbeiten an und auf der letzteren ist m. E. durchaus verfehlt. Ihre Richtigkeit

Brückenumbau „in ihrem Rechte befunden". Diese Begründung ist unvollständig. Die beklagte Stadtgemeinde war nicht sowohl „in ihrem Rechte" als in ihrem Privatrechte. War anzunehmen, daß sie durch die öffentliche Arbeit einen Akt öffentlicher Gewalt vornahm, so hätte der Umstand, daß sie sich hiermit „in ihrem Rechte" befand, — was übrigens vom Civilrichter nicht zu prüfen ist (unten S. 123 ff.) — sie vor der Verurtheilung zum Ersatz aus § 75 an sich nicht geschützt. Es muß immer wiederholt werden, daß der Ersatzanspruch aus § 75 unter keinem Gesichtspunkte eine Deliktsobligation voraussetzt. Er wird gewährt, nicht weil die Staatsgewalt durch Aufopferung des Einzelrechts sich im Unrecht befindet, sondern obgleich sie sich im Rechte befindet. Vgl. auch Schultzenstein, Entschädigungsansprüche aus der Erhöhung einer öffentlichen Straße in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 18 S. 749 ff., bes. S. 757 ff., ferner das neueste Urtheil des Reichsgerichts vom 1. Februar 1896 in diesen Beiträgen Bd. 40 S. 620.

[66]) S. unten S. 111 ff.

[67]) Diese „Machtspruchtheorie" namentlich bei Paris S. 11, 14 ff., der übrigens die Konstruktion des Adjazentenrechts als ius quaesitum für unrichtig und jenes Recht für ein „gesetzliches" erklärt. In Anknüpfung hieran meint er (S. 14), „es kommt darauf an, ob der Staat bei Veränderung einer res publica sich innerhalb seiner .... Befugnisse (nämlich als Eigenthümer) hält, oder ob er vermöge seiner Staatshoheit .... in den bestehenden Zustand durch Machtspruch eingreift." Die fiskalische Rolle kann aber der Staat (bezw. die Gemeinde als sein Delegatar) nicht beliebig mit der hoheitlichen vertauschen. Der Straßeneigenthümer übt vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Ermächtigungen keine „Staatshoheit" aus, und am wenigsten kann sich die fiskalische oder kommunale Verwaltung des gemeinen Eigenthums eine solche Ermächtigung selbst ertheilen.

Digitized by Google

zugegeben, würde nicht einzusehen sein, wie die Gemeinde als Straßeneigenthümerin ohne einen Titel des öffentlichen Rechts — z. B. des ihr verliehenen Enteignungsrechts oder des Gesetzes vom 2. Juli 1875 — zu der Befugniß gelangen sollte, in Rechte Dritter einzugreifen. Das wäre nicht Machtüberschreitung eines Staatsorgans, sondern vielmehr Anmaßung öffentlicher Gewalt[67a]) durch einen Privaten.

Im Vorstehenden ist diejenige Staatsthätigkeit abgegrenzt worden, welche als privatwirthschaftliches suo iure uti außerhalb des hier erörterten Gebietes fällt. Es sind nun weiterhin diejenigen Akte von unbezweifelt hoheitlicher Natur auszusondern, deren Folgen nach der ausdrücklichen Vorschrift der K.-O. von 1831 einen Ersatzanspruch nicht bedingen. Dies sind die „Majestäts- und Hoheitsrechte". Das vom König sanktionirte Ministerialgutachten verweist hinsichtlich dessen, „was zu den Hoheitsrechten des Staatsoberhauptes gehöre", ausdrücklich auf Theil II Tit. 13 A. L.R. Die dort (§ 5 ff.) gelieferte Aufzählung mit ihrer Zerspaltung der einen und untheilbaren Staatsgewalt in ein Aggregat individualisirter Befugnisse entspricht freilich nicht mehr den heutigen staatsrechtlichen Anschauungen. Damit ist indessen die Anwendbarkeit der K.-O. von 1831 nicht beeinträchtigt; sie bezeichnet eben durch Bezugnahme auf jene Aufzählung diejenigen Funktionen der Staatsgewalt bezw. Zweige der Staatsthätigkeit, die dem Ersatzanspruch entrückt sein sollen. Dies sind nun: „die Vertheidigung des Staates gegen auswärtige Feinde", die Schließung von Staatsverträgen (II 13 § 5), das „Recht, Gesetze und allgemeine Polizeiverordnungen zu erlassen (§ 6), Privilegien zu bewilligen (§ 7), die staatliche Oberaufsicht über alle im Staate vorhandenen und entstehenden Gesellschaften[68]) und öffentlichen Anstalten (§ 13), endlich die Finanzhoheit mit dem Besteuerungsrecht (§§ 14, 15), welche heute, wie auch die Münz-, Maß- und Gewichtshoheit (§ 12) zur gesetzgebenden Gewalt gerechnet werden.[69])

[67a]) „Polizei der öffentlichen Sache", wie O. Mayer a. a. O. II S. 93 sagt. Diese Polizei muß aber von der „laufenden Verwaltung" der öffentlichen Sache begrifflich schärfer geschieden werden, als es O. Mayer thut.

[68]) Einschließlich der Gemeinden und Kirchengesellschaften, A. L.R. II 6 § 25 ff.; dazu Rosin, Polizeiverordnungsrecht (2. Aufl.) S. 138.

[69]) Weitere „Hoheitsrechte", z. B. das Begnadigungsrecht, sind im Texte nicht erwähnt, weil eine vermögensschädigende Folge ihrer Handhabung nicht wohl denkbar ist.

Digitized by Google

Mit der Zurückweisung der Ansicht, „als ob der Landesherr sich verpflichtete, diejenigen zu entschädigen, deren Privatinteresse durch die Ausübung seiner Hoheitsrechte gefährdet wird," hat die K.O. von 1831 somit den Ersatzanspruch bei einem sehr bedeutenden Komplex staatlicher Willensäußerungen abgeschnitten. Ein Ersatzanspruch des geschädigten Einzelnen findet auf diesem Gebiet nur statt, soweit ein Spezialgesetz [70]) ihn ausdrücklich gewährleistet. Beim Mangel eines solchen ist also namentlich zu verneinen die Entschädigungspflicht des Staates wegen Aufhebung eines erworbenen Rechts durch die Gesetzgebung.[71]) Unzweifelhaft Ausfluß eines Hoheitsrechts im landrechtlichen Sinne (nämlich der in II 13 § 13 bezeichneten Korporationshoheit) ist die administrative Veränderung der Gemeindebezirke (Umgemeindung von Gebietstheilen aus einer Gemeinde in die andere) und der rechtlichen Eigenschaft einer Gemeinde (Umwandlung einer Gemeinde in einen Gutsbezirk).[72]) Hier sind erhebliche Vermögensbeeinträchtigungen der von jenen Maßregeln betroffenen Gemeinden bezw. Gutsbesitzer möglich. Man denke an die Verminderung der Steuerkraft bei gleichzeitiger Vermehrung der kommunalen Lasten, welche eine Gemeinde durch eine Inkommunalisirung, an den Vermögensverlust, welchen ein Gutsbesitzer durch unfreiwillige Succession in die

---

[70]) Beispiele für solche: Entschädigungsges. z. allg. Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 (wegen Aufhebung der gewerblichen Ausschlußrechte), Gesetz vom 21. Mai 1863 (wegen Aufhebung der Grundsteuerbefreiungen), Gesetz vom 18. Juli 1892 (wegen Aufhebung der Befreiungen von den Personalsteuern).

[71]) Beispiel: das Recht des Klägers auf ausschließliche Drucklegung sämmtlicher Zeitungen zu S., welches ihm im Jahre 1755 „gegen Erlegung von jährlichen 20 Thalern zur Potsdam'schen großen Waisenhauskasse" verliehen worden war, ist durch die Preßgesetzgebung der Jahre 1848—1851 aufgehoben worden. Ueber den hiernächst erhobenen Entschädigungsanspruch (gegen den Fiskus) wird der Rechtsweg vom Komp. Ger. Hof für unzulässig erklärt: Komp.G.H. v. 9. Februar 1856, J.M.Bl. S. 87. Wir fügen hinzu: nicht nur war der Rechtsweg unzulässig, sondern auch der Anspruch unbegründet. — Weitere Beispiele bei Oppenhoff, Ressortverh. S. 46 Nr. 111. Die dort angegebenen Urtheile des O. Tr. und des Komp. G. H. wenden die K.O. von 1831 auch auf vor 1831 erlassene Gesetze an, z. B. auf den Reichsdeputationshauptschluß von 1803. Dies rechtfertigt sich durch die Natur der K.O. von 1831 als eines Kompetenzgesetzes, welches über die betr. Ersatzansprüche jedenfalls den Rechtsweg absolut ausschließen wollte; rückwirkende Kraft liegt darin nicht.

[72]) Diese Materie ist eingehend geregelt in der Landgem. Ordn. f. d. 7 östlichen Provinzen vom 3. Juli 1891, §§ 2, 3, vgl. dazu den ausgezeichneten Kommentar von Keil (1896).

Digitized by Google

Pflichten einer insuffizienten Landgemeinde [73]) erleidet. Die Verwaltungsgesetzgebung hat, um in solchen Fällen eine billige Ausgleichung von Interessenkollisionen zu ermöglichen, ein administratives Auseinandersetzungsverfahren (vgl. besonders Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891 § 3) vorgesehen. Ansprüche der Betheiligten, welche in diesem Verfahren keine Berücksichtigung gefunden haben, können nicht etwa vor Gericht geltend gemacht und mit § 75 begründet werden, denn es handelt sich um die Folgen der Ausübung eines „Hoheitsrechts", — die K.O. von 1831 greift anspruchsversagend ein. Nur beizustimmen ist dem Oberverwaltungsgericht, wenn es — in einem etwas abweichenden Zusammenhange — den Satz ausspricht „daß gesetzlich aus der Aenderung der kommunalen Grenzen ein Entschädigungsanspruch zwischen den betheiligten kommunalen Körperschaften wegen Mehrbelastung mit kommunalen Pflichten nicht entstehen . . . kann". [74])

Auch gegen Vereine und Genossenschaften des Privatrechts kann die staatliche Korporationshoheit mit vermögensschädigenden Wirkungen geltend gemacht werden. Man denke an die Auflösung von Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, von Gesellschaften mit beschränkter Haftung durch die Staatsgewalt, an die Entziehung der Eigenschaft als rechtsfähiger Verein. In der Behandlung der Entschädigungsfrage bei Maßregeln dieser Art ist die Reichsgesetzgebung dem preußischen Rechte gefolgt und hat den Ersatzanspruch demgemäß verneint. [74a])

Der nächste Zweck der K.O. von 1831 bestand, wie berichtet wurde, darin, den gegen die Staatskasse gerichteten Ansprüchen aus Kriegsschäden einen Riegel vorzuschieben. Diese ratio ist in dem Ministerialgutachten klar zum Ausdrucke gekommen. Nach dem Prinzip des Gutachtens erstreckt sich aber der generelle Anspruchsausschluß überhaupt auf Beschädigungen durch das Hoheitsrecht der Militär-

---

[73]) Keil a. a. O. S. 74. Der Fall ereignet sich dann, wenn eine leistungsunfähige Gemeinde gemäß § 2 Nr. 2 der Landgem. Ordn. aufgelöst und mit einem benachbarten Gutsbezirke vereinigt wird.

[74]) O.V.G. v. 29. Mai 1886, Entsch. 13 S. 204. Aehnlich die im Preuß. Verwaltungsbl. XVI S. 622 abgedruckte Entsch. desselben Gerichtshofs.

[74a]) Diese Verneinung ist im Genossenschaftsgesetz v. 1. Mai 1889 § 79 und im Ges. über die Gesellsch. m. beschr. Haftung vom 20. April 1892 § 62 ausdrücklich ausgesprochen. Im Bürgerlichen Gesetzbuch § 43 fehlt es an einer gleichartigen Bestimmung bezüglich der Vereine, denen die Rechtsfähigkeit entzogen wird; man hat den Ausschluß des Entschädigungsanspruchs hier bereits für selbstverständlich erachtet. (Denkschrift zum entsprechenden § des dem Reichstage vorgelegten Entwurfs eines B. G.B.)

Digitized by Google

gewalt. Vermögensbeeinträchtigungen durch die bewaffnete Macht im Frieden stehen den Kriegsschäden rechtlich gleich. Die Tragweite der K.O. von 1831 war in diesem Punkte nicht unbestritten,[75]) doch sind diese Streitfragen heute praktisch gegenstandslos, da die gesammte Materie der Militärlasten seitdem durch die Reichsgesetzgebung eingehend geregelt ist. Bezüglich der letzteren und aller Einzelheiten darf auf die Darstellung in Laband's Reichsstaatsrecht[76]) verwiesen werden.

Von den hoheitlichen Akten der Militärgewalt sind wiederum scharf zu sondern die Eigenthumshandlungen des Militärfiskus. (Vgl. oben S. 86ff.) Vermögensbeschädigungen, welche im Gefolge der letzteren auftreten, sind nach Privatrecht zu beurtheilen; die auf das letztere zu stützende Klage kann nach Befinden nicht sowohl auf Ersatz des Schadens als auf Unterlassung der schadenstiftenden Handlung gerichtet sein. Man denke an die schädliche Immission aus militärfiskalischen Fabriken in die Nachbargrundstücke. Die Abgrenzung der hoheitlichen von der fiskalischen Thätigkeit, des öffentlichen vom Privatrecht kann unter Umständen schwierig sein. Wie ist z. B. das Ueberfliegen militärischer Geschosse vom Schießplatz in das Nachbargrundstück zu beurtheilen? Der Kompetenzgerichtshof[77]) und ihm sich anschließend das Reichsgericht[78]) bringen auch diese „Immission" unter rein privatrechtliche Gesichtspunkte und lassen folgerichtig sogar eine Besitzstörungsklage des Grundeigenthümers wider den Militärfiskus wegen „Bewerfen seiner Ländereien mit Geschossen" zu.[79]) Der Kompetenzgerichtshof geht hierbei u. A. von der Unterstellung aus, daß weder eine militärische Anordnung ergangen sei, nach welcher die Kugeln auf das nachbarliche Grundstück fliegen sollten, noch auch die Militärbehörde behauptet habe, daß das Verfahren, in welchem

[75]) Oppenhoff S. 47 Nr. 115.

[76]) Bd. II (2. Aufl.) S. 762ff. Der Umfang der Kriegsschädenausgleichung ist nach jedem Kriege durch Spezialgesetz zu bestimmen (Reichsges. vom 13. Juni 1873 § 35; a. a. O. S. 794).

[77]) Entsch. v. 13. August 1870, Justiz-Min.Bl. S. 330.

[78]) Entsch. v. 26. September 1894, Preuß. Verwalt.Bl. XVI S. 476 und Beiträge z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 40 S. 400.

[79]) Das französische Recht hat auch hier (vgl. oben Anm. 61) den verwaltungsrechtlichen Standpunkt viel strenger durchgeführt. Das Ueberfliegen der Geschosse erscheint danach als unmittelbare Einwirkung einer öffentlichen Anstalt (service public). Die Natur dieser Einwirkung wird rein hoheitlich aufgefaßt, im Rechtswege läßt sich dagegen nichts ausrichten. O. Mayer, Theorie S. 278. — Die im Text angeführte Entsch. d. O.V.G. beweist, daß auch bei uns diese Auffassung sich Geltung zu verschaffen sucht.

Digitized by Google

dies geschah, militärisch nothwendig und zwangsweise durchzusetzen sei. In scharfem Gegensatze hierzu erklärt das Oberverwaltungsgericht[80]) die Uebungen des Heeres zur Erzielung seiner Kriegstüchtigkeit für eine „Funktion des Staatsdienstes in unmittelbarer Ausübung der Staats-(Militär-)Hoheit", welche der Polizeigewalt an die Seite zu stellen, nicht aber derselben untergeordnet sei, und versagt von diesem Standpunkt aus der Polizeibehörde das Recht, dem Ueberfliegen der Geschosse vom Militärschießplatz in die Nachbarschaft durch eine an den „Militärfiskus" adressirte Verfügung entgegenzutreten. Schließt man sich der letzteren Ansicht an, so würde eine civilrechtliche Schadensersatzklage des benachtheiligten Grundeigenthümers (der Art wie gegen den Militärfiskus als Gewerbtreibenden) jedenfalls ausgeschlossen sein. Läßt man im übrigen dahingestellt, ob der § 14 des Reichsgesetzes über die Friedensleistungen vom 13. Februar 1875[81]) im vorliegenden Falle durchgreift, so würde sich die Entschädigungsforderung unzweifelhaft nicht auf § 75 — K.O. von 1831 — gründen lassen; eben wegen der hoheitlichen Natur der Militärgewalt, welche den Ersatzanspruch grundsätzlich ausschließt.

Das negative Prinzip der K.O. von 1831 äußert seine Tragweite auch bei den Wirkungen des Hoheitsrechts der Gerichtsbarkeit.[82]) Fälle, in denen — bei unbezweifelter Legalität des Verfahrens — schwere Vermögensbeschädigungen Einzelner durch die Handhabung der richterlichen Gewalt verursacht werden, treten ja als bedauerliche Begleiterscheinungen der staatlichen Thätigkeit auf diesem Gebiete nicht selten ein. Wer dächte hier nicht sogleich an den unschuldig Verurtheilten! De lege ferenda billigt man ihm allseitig Schadloshaltung zu, und eben jetzt ist man im Deutschen Reiche daran, das nicht un-

[80]) Entsch. v. 5. Mai 1877, Bd. II S. 407, 408. [Vgl. auch in diesem Hefte des Verwaltungsarchivs S. 153. -- Die Herausgeber.]

[81]) „Alle durch die Benutzung von Grundstücken zu Truppenübungen entstehenden Schäden werden aus Militärfonds vergütet." — Dazu Loening, Haftpflicht des Staates (1879) S. 124 Nr. 2, dessen Ausführungen aber den Fall der Verschuldung z. B. eines Befehlshabers und die Frage der subsidiären Haftpflicht des Staates im Auge haben. Das hiermit berührte Gebiet hat Loening selbst a. a. O. S. 93 ff. scharf von dem im Texte erörterten Problem gesondert.

[82]) Sie ist als „Hoheitsrecht" zwar nicht im A. L.R. II 13, wohl aber in II 17 § 18 bezeichnet. Letzterer § nennt zwar nur die „allgemeine und höchste Gerichtsbarkeit im Staate" und will damit die Patrimonialgerichtsbarkeit (II 17 § 19 ff.) vom Begriffe des Hoheitsrechts ausschließen. Nach Absorption der letzteren durch den Staat ist alle Gerichtsbarkeit ein „Hoheitsrecht" im landrechtlichen Sinne.

Digitized by Google

schwierige legislative Problem einer Lösung entgegenzuführen.[83]) De lege lata aber würde einem Ersatzanspruche dieser Art in Preußen schon die K.O. von 1831 entgegenstehen, die eine richterliche Kognition über die Folgen der Ausübung von Hoheitsrechten verbietet.

Das Strafurtheil ist nur eine Einzelerscheinung auf dem hiermit betretenen Gebiete. Auch die Civiljustiz veranlaßt bisweilen Vermögensbeeinträchtigungen durch rechtmäßige Ausübung ihres Amtes: ein vorläufig vollstrecktes Urtheil wird in der höheren Instanz aufgehoben, ein Arrest, eine einstweilige Verfügung wird durch anderweite richterliche Anordnung wiederum beseitigt. Ist in solchen Fällen dem Exequenden außer der selbstverständlichen Zurückgewährung des Geleisteten auch der mittelbar entstandene Schaden zu vergüten? Die K.O. von 1831 giebt auch hier die Antwort. Zunächst ist die öffentlichrechtliche Natur der hiermit bezeichneten Rechtsverhältnisse scharf zu betonen. Urtheile und andere richterliche Entscheidungen sind — einschließlich ihrer Vollstreckung — Akte der Staatsgewalt. Als solche, das heißt vom Standpunkte des öffentlichen Rechts aus sind sie rechtmäßig, wenn und insoweit bei ihrer Anordnung und Durchführung das Prozeßrecht (im weitesten Sinne des Wortes) nicht verletzt wurde. Ist unter diesem Gesichtspunkt nichts gegen das Verfahren des Richters einzuwenden, so ist sein Verfahren rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt. Und deshalb gehören diese Fälle hierher.[84])

---

[83]) Vgl. die z. Z. (1896) dem Reichstage vorliegende Novelle zur Strafprozeßordnung. Zur Frage im Allgemeinen: Jellinek, System d. subj. öff. Rechte S. 232 Anm. 2 und desselben Verfassers Aufsatz in Grünhuts Ztschr. f. d. Privat- u. öff. R. Bd. 20 S. 406; ferner Kronecker, Die Entschädigung unschuldig Verhafteter (1883). Ueber den Ausschluß der öffentlichrechtlichen Entschädigung bei „Justizschäden" neuestens O. Mayer, V.R. II S. 363 ff. (ohne spezielle Bezugnahme auf das preußische Recht).

[84]) Die richterliche Anordnung — z. B. eine einstweilige Verfügung — bleibt rechtmäßig im Sinne des Textes auch dann, wenn sie vom Exekutionssucher mittelst falscher Vorspiegelungen vom Richter erwirkt wurde. Ob in solchen Fällen der Exekutionssucher ex delicto bezw. der Richter unter dem Gesichtspunkte der Syndikatsklage auf Ersatz hafte, ist eine hier selbstverständlich bei Seite zu lassende Frage. Ebensowenig ist hier zu untersuchen, inwieweit für rechtswidrige Handlungen des Richters die Staatskasse eintritt oder de lege ferenda eintreten soll (hierüber vgl. wiederum Loening, Haftpflicht S. 124 ff.), da ja im Texte überall nicht von „Haftbarkeit" oder Verantwortlichkeits-Verhältnissen als Rechtsfolgen eines deliktischen Handelns, vielmehr von legaler Handhabung der Staatsgewalt und der hierauf gegründeten öffentlichrechtlichen

Digitized by Google

Das Gerechtigkeitsgefühl wird die Entschädigungsfrage aufwerfen, wenn die Hand der Staatsgewalt in solchen Fällen einen Schuldlosen trifft, wenn also jemand unschuldiger Weise Zwangsvollstreckung, Untersuchungshaft, Strafhaft hat erleiden müssen; — überhaupt, wenn in diesen und ähnlichen Fällen der schadenstiftende Richterspruch durch eine andere Instanz aufgehoben wird. Den rechtlichen Gesichtspunkt, unter welchem die Schadenszufügung zu betrachten ist, kann das Obwalten jener besonderen Umstände nicht ändern. Es ist eben Vermögensbeschädigung durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt; die frühere Anordnung wird dadurch, daß sie durch eine spätere (desselben oder eines höheren Richters) abgeändert bezw. beseitigt wird, an sich nicht ex tunc rechtswidrig.[85])

Es ist nicht zu verkennen, daß in solchen Fällen die Staatsgewalt den Einzelnen zu einer Aufopferung zwingt; nicht mit Unrecht hat man den Vergütungsanspruch des unschuldig Verurtheilten mit der Entschädigungsforderung des Expropriaten in Parallele gestellt.[86]) Die Ausgleichung der Vermögensbeeinträchtigungen, welche legale Handhabung der richterlichen Gewalt herbeiführte, ist eine wichtige Aufgabe der Spezialgesetzgebung; darauf ist hier nicht einzugehen. Unzweifelhaft unrichtig aber ist die Anwendung des § 75 Einl. auf die hier vorausgesetzten Thatbestände, da letzteren — als der Ausübung eines Hoheitsrechts — gegenüber der Entschädigungsgrundsatz des § 75 seit der K.O. von 1831 versagt.[87])

Schadensausgleichung die Rede ist. Auf ein civilrechtliches Verantwortlichkeitsverhältniß führt auch die vielumstrittene Frage zurück, ob dem Arrestaten nach Wiederaufhebung des Arrestes Schadensersatz durch den Arrestsucher zu leisten ist, weil letzterer etwa den richterlichen Befehl „auf seine Gefahr" erwirkt habe. Die Frage ist vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung verneint worden; vgl. z. B. R.G. v. 2. Februar 1893, Entsch. i. Civils. Bd. 30 S. 419 ff. — A. M. Foerster-Eccius, Preuß. Priv.R. I S. 547, 548. S. auch die nächste Anm. Vgl. auch die der Denkschrift, mit welcher der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich dem Reichstage vorgelegt worden ist, beigefügte Zusammenstellung der aus Anlaß des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Aussicht genommenen Aenderungen und Ergänzungen der Civilprozeßordnung § 655 (805) Abs. 2 u. § 822[a] (807 ff.).

[85]) Bezüglich der legal verhängten, später wieder aufgehobenen Untersuchungshaft übereinstimmend Loening, Haftpflicht S. 95, der (a. a. O. S. 125) andererseits das Urtheil, welches durch ein anderes rechtskräftiges Urtheil aufgehoben ist, für ein „formell rechtswidriges" erklärt.

[86]) Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen (Straßburg 1895) S. 221, 222, O. Mayer a. a. O. S. 363 Anm. 10.

[87]) Unrichtig daher Foerster-Eccius a. a. O. I S. 550: Die vorläufige

Digitized by Google

Die bisherigen Ausführungen waren der negativen Begriffsbestimmung gewidmet: aus welchen Akten der Staatsgewalt im Falle der durch sie bedingten Vermögensbeschädigung ein Ersatzanspruch nicht stattfindet. Es erhebt sich nun die Frage nach der positiven Begriffsbestimmung: welche Staatsakte gehören zu den anspruchserzeugenden? Das Gutachten des Staatsministeriums sagt es: ein Ersatzanspruch ist gewährleistet aus „Einrichtungen in der Verwaltung, welche das Privateigenthum der Einzelnen gefährden." Die mit den letzteren Worten bezeichnete zweite Voraussetzung des Ersatzanspruchs ist in dem folgenden Abschnitte dieser Darstellung zu betrachten; hier handelt es sich darum, festzustellen: was ist eine „Einrichtung in der Verwaltung"? — Sondert man aus der Gesammtheit der Staatsfunktionen alles das aus, was nach der wunderlichen, aber nun einmal positiven Terminologie des Landrechts zu den „Majestäts- und Hoheitsrechten" gehört (oben S. 92—98) erwägt man, daß die Staatsthätigkeit im Ressort der auswärtigen, Kriegs-, Finanz- und Justizverwaltung wohl insgesammt von dem landrechtlichen Katalog der Hoheitsrechte umfaßt wird, so bleibt thatsächlich nur das — allerdings weite — Gebiet der inneren Verwaltung übrig.[88]) Die obrigkeitliche Thätigkeit[89])

Vollstreckung müsse sich der, gegen den sie gerichtet ist, um des allgemeinen Wohles willen zu eigenem Schaden gefallen lassen. „Es greift also der § 75 Einl. hier wie in anderen Fällen ein, nur daß der Verpflichtete der ist, zu dessen Gunsten das Hoheitsrecht geübt wird". — Die hier entscheidende K.O. von 1831 ist an dieser Stelle von Foerster-Eccius nicht berücksichtigt.

[88]) Wiederum vermindert um die „Landeshoheitssachen", z. B. die Kommunalaufsicht (s. oben S. 93, 94). Vgl. Rosin, Polizeiverordn.R. S. 136ff.

[89]) Nur diese! Daß die Fälle, in denen der Staat dem Individuum gegenübertritt wie ein Eigenthümer dem andern, ein spezifisches Interesse nicht bieten, ist bereits oben ausgeführt worden (S. 86ff.). Auch als Verwalter des öffentlichen Eigenthums, der öffentlichen Anstalten ist der Staat nach unseren Rechtsanschauungen Eigenthümer, nicht Herrscher. Man denke an die Verwaltung der Posten, Telegraphen, Eisenbahnen. Eine durchgeführte Vergleichung des heimischen Rechts mit dem französischen würde lehren, daß man jenseits des Rheines den Obrigkeitsbegriff auf ein wesentlich weiteres Gebiet verwaltender Staatsthätigkeit erstreckt. Es muß hier wiederum auf die Darstellung O. Mayer's Theorie S. 225, 276, 277, 281ff. verwiesen werden. S. 281 Nr. 16 ist das Verhältniß der staatlichen Anstaltsverwaltung zum Privateigenthum der Einzelnen dahin zusammengefaßt: „Es genügt, daß die öffentlichen Arbeiten dem Privateigenthum beikommen können, ohne Eigenthumsbesitz nehmen zu müssen, (in welchem Falle, wie bei uns, Expropriation erforderlich ist) dann treffen sie es ... befugter Weise." Eine so allgemeine Ermächtigung ist bei uns nur der Polizeigewalt ertheilt (s. oben

Digitized by Google

der Behörden der innern Verwaltung kann, sofern sie nach Maßgabe der weitern gesetzlichen Voraussetzungen in die Vermögensinteressen der Einzelnen schädigend eingreift, zu einem Ersatzanspruche führen.

Die verwaltungsrechtlichen Normen, welche die Befugniß der Behörden zur Vornahme von „Eingriffen" regeln und begrenzen, sind hier nicht zu erörtern, vielmehr vorauszusetzen. — Im Umriß stellen sich diese Verhältnisse nach preußischem Recht so: Den Ausgangspunkt bildet überall das Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung (s. oben S. 23), wonach ein Zwang gegen den Einzelnen und sein Eigenthum ausgeübt werden darf nur durch ein Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes. Durch zahlreiche Spezialgesetze haben die Behörden der innern Verwaltung dementsprechende Vollmachten zu zwangsweisem Eingreifen in die private Vermögenssphäre erhalten. Meist ist in diesen Gesetzen auch die Entschädigungsfrage geregelt;[90]) dann kommen die hier erörterten allgemeinen Rechtssätze des § 75 und der K.O. von 1831 nicht zur Anwendung. — Ueber diese Spezialvollmachten hinaus ist sodann eine allgemeine Ermächtigung zu zwangsweisem, durch Freiheit und Eigenthum der Beherrschten nirgends gehemmtem Vorgehen ertheilt den Behörden der Polizeiverwaltung. Diese Attribution findet ihre Rechtsschranke lediglich in den begrifflichen Grenzen der Polizeigewalt, welche das Allg. Landrecht, wie allbekannt, in § 10 Theil II Tit. 17 bezeichnet.[91])

---

im Text), nicht aber der staatlichen Wohlfahrtspflege. Doch kann dieses alles hier nur angedeutet werden.

[90]) Hierher gehört in erster Linie das gesammte Enteignungsrecht; Gesetz vom 11. Juni 1874. Aus der von diesem Gesetze (§ 54) unberührt gelassenen Spezialgesetzgebung ist beispielsweise hervorzuheben: Vorfluthsedikt vom 15. November 1811 §§ 11, 12 (Eingriff in Wasserstaurechte); Privatflußgesetz vom 28. Februar 1843 §§ 19[2], 24, 25 (Inanspruchnahme fremder Grundstücke zur Einrichtung von Bewässerungsanlagen); Waldschutzgesetz vom 6. Juli 1875 § 4 (landespolizeiliche Beschränkung der Nutzung und Bewirthschaftung von Waldgrundstücken); Fischereigesetz vom 30. Mai 1874 § 32 (Beseitigung von Fischereigerechtigkeiten). Vgl. die genauere Aufzählung bei v. Sarwey, Oeff. Recht S. 387 ff. — Diese ganze Gesetzgebung ist von dem Grundsatze beherrscht, dem durch administrative Maßnahmen in seinen Vermögensinteressen Geschädigten vollen Ersatz zuzubilligen.

[91]) Vgl. statt Aller: Rosin, Begriff der Polizei, Verwaltungsarchiv III S. 249 ff. — Die Ansicht Rosin's, daß sich die landrechtliche Begrenzung der Polizeigewalt nicht auf das Polizeiverordnungsrecht beziehe, steht bisher vereinzelt da.

Digitized by Google

Alles, was die Behörden auf Grund dieser Spezial- oder Generalvollmachten anordnen und durchführen, fällt unter den Begriff dessen, was die K.O. von 1831 „Einrichtung in der Verwaltung" nennt. Daß das Gesetz vom 11. Mai 1842. (s. oben S. 81) mit dem Inbegriff der „polizeilichen Verfügungen" wiederum einen engeren Kreis obrigkeitlicher Akte habe ausscheiden wollen, ist weder nach dem Wortlaute noch nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes anzunehmen.[92]) Alle Verfügungen auf dem Gebiet der inneren Verwaltung, mit Ausnahme derer, die nach der Terminologie des Landrechts als Ausübung eines „Hoheitsrechts" erscheinen, sind anspruchserzeugende Staatsakte in dem hier vorgestellten Sinne.[93])

Alle Verfügungen. — Damit soll der Kreis der Verwaltungsakte im materiellen Sinne des Wortes abgegrenzt sein. Die Befugniß der Verwaltungsbehörden, Verordnungen zu erlassen, fällt, als delegirte Gesetzgebungsgewalt, außerhalb des materiellen Gebietes der Verwaltung. Dies gilt auch, und vor allem, von dem Polizeiverordnungsrecht. Die Polizeiverordnung ist „nicht eine bloße Verallgemeinerung der Verfügung, sondern ein delegirtes Stück besonders gearteter, gesetzgeberischer Staatsthätigkeit.[94]) Die Polizeiverordnung wird — in scharfem Gegensatze zur polizeilichen Verfügung — von dem Begriffe der gesetzgebenden Gewalt als eines Hoheitsrechts mit umfaßt; sie ist keine „Einrichtung in der Verwaltung" und wird daher durch das negative Prinzip der K.O. von 1831 aus dem Kreise der anspruchserzeugenden Staatsakte ausgeschlossen.[95])

---

[92]) Hierüber Loening, Verwaltungsarchiv III S. 129. Das Gesetz vom 11. Mai 1842 wendet den Ausdruck „Polizei" in einem weiteren, das Gesammtgebiet der inneren Verwaltung (abzüglich der „Hoheitssachen") umfassenden Sinne an.

[93]) O. Mayer a. a. O. II S. 351 (vgl. jedoch Anm. 8 das.) will die Entschädigung ausschließen „bei Polizeimaßregeln jeder Art". Für das preußische Recht ist das in dieser Allgemeinheit unrichtig; s. unten Anm. 143. — Anders z. B. nach französ. R.; vgl. O. Mayer, Theorie d. Franz. V.R. S. 347, 348 Anm. 5.

[94]) Rosin a. a. O. § 12 Anm. 21, § 53 Anm. 4 a. E. und im Verwaltungsarchiv III S. 299.

[95]) Uebereinstimmend Rosin, Pol.V.R. § 24 zu 2: Aus Eigenthumsbeschränkungen durch Polizeiverordnungen findet eine Entschädigung „mangels allgemeiner gesetzlicher Zusicherung nur dann ... statt, wenn das die Delegation zum Erlaß der Verordnung enthaltende Gesetz eine solche ausdrücklich gewährleistet."

Digitized by Google

Dies ist freilich in der Praxis der Gerichte nicht immer beachtet worden, worauf schon Rosin (Pol.Verordn.R. § 24 Anm. 1) hingewiesen hat. Direkt einander zuwider laufen die folgenden Entscheidungen:

1. Die vormalige Nassauische Landesregierung hat eine Verordnung (nach unserem Sprachgebrauch eine Polizeiverordnung) über den Schutz der Mineralquellen erlassen,[96]) welche Eingrabungen unter die Erdoberfläche und horizontale Einschrotungen zu baulichen und anderen Zwecken, falls sie „in der Nähe der bestehenden Mineralquellen" vorgenommen werden sollen, von der vorgängigen polizeilichen Erlaubniß abhängig macht, welche letztere versagt werden soll, wenn nicht nach technischem Gutachten anzunehmen ist, „daß durch die beabsichtigte Anlage eine bestehende Mineralquelle nicht werde beeinträchtigt werden." — Der durch diese Norm im Verfügungsrecht über sein Eigenthum sehr erheblich beschränkte Grundbesitzer kann, wie das Obertribunal mit Recht entschieden hat, Entschädigung für jene Beschränkung von Niemandem verlangen.[97])

2. Im Interesse der öffentlichen Gesundheitspflege verbietet eine Polizeiverordnung die Ableitung verunreinigter Wässer in einen innerhalb der Stadt gelegenen Teich. N., der bisher das in seiner Badeanstalt benutzte Wasser dorthin abgelassen hat, geht nunmehr dieses Vortheils (den er als dingliches Recht auffaßt) verlustig. Den dieserhalb von ihm gegen die Stadtgemeinde erhobenen Ersatzanspruch erklärt das Reichsgericht[98]) für begründet. Als Rechtsgrund des Anspruchs wird die Aufopferung des besonderen Rechts bezeichnet, wobei zwischen den „Anordnungen einer zuständigen Behörde" — ob Verfügung oder Verordnung — nicht weiter unterschieden wird.

Unzweideutiger drückt sich eine gleichartige Entsch. des Obertribunals vom 27. Januar 1863[99]) dahin aus: „In Beziehung auf ihre civilrechtlichen Folgen und Wirkungen kann jedenfalls eine allgemeine polizeiliche Verordnung nicht mehr Kraft haben als eine Spezialverfügung, wenn man nicht die unzulässige Behauptung ver-

[96]) Vom 7. Juli 1860 abgedruckt in Brassert's Zeitschr. f. Bergrecht Bd. IV S. 1 ff., 20. Vgl. auch dieselbe Zeitschr. Bd. XIII S. 78 ff.

[97]) Entsch. v. 30. April 1878, Zeitschr. f. Bergrecht XX S. 104.

[98]) Entsch. v. 15. Juni 1889, Gruchot, Beitr. Bd. 33 S. 1150.

[99]) Strieth., Bd. 49 S. 49 ff. Betreffs der Verkennung des Unterschieds zwischen Verordnung und Verfügung vgl. Rosin, Pol.V.R., 2. Aufl. § 53 Anm. 4 a. E.

Digitized by Google

theidigen will, daß die Wahl der Form hinreiche, um die Geltendmachung von verletzten Privatrechten . . . unmöglich zu machen."

Die „Wahl der Form" ist hier aber gerade von entscheidender Bedeutung. Sie giebt dem Eingriffe die Kraft des Gesetzes und entzieht damit dem Ersatzanspruche seinen Rechtsboden.

---

3. „Besondere Rechte und Vortheile."

Der vorige Abschnitt zeigte, wie nicht jede Art und Form staatlicher Machtäußerung überhaupt geeignet ist, zu Gunsten dessen, den sie geschädigt hat, einen Ersatzanspruch zu erzeugen. Die folgenden Untersuchungen werden beweisen, daß auch nicht jede Vermögensbeschädigung durch die öffentliche Gewalt Schadloshaltung des Betroffenen involvirt. Das Rechtsverhältniß der Vermögensbeeinträchtigung durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt, dessen aktive Seite (der schädigende Staatsakt) bisher im Vordergrunde des Interesses stand, ist nun in seiner passiven Seite zu betrachten. Diese passive Seite, die qualifizirte Vermögensbeschädigung, ist nach der landrechtlichen Terminologie in die Worte zu fassen: Aufopferung eines besonderen Rechts. Seit der K.O. von 1831 ist diese Voraussetzung dahin eingeschränkt: Aufopferung eines zum Privateigenthume gehörigen Rechts.

Darin liegen wiederum zwei Aufgaben begrifflicher Untersuchung beschlossen: die Begriffsbestimmung des qualifizirten Einzelrechts und die Erklärung dessen, was unter „Aufopferung" zu verstehen ist. Der gegenwärtige und der nächstfolgende Abschnitt nehmen zu diesen Fragen Stellung.

Das A. L.R. gewährt den allgemeinen Ersatzanspruch dem, der seine „besonderen Rechte und Vortheile" dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genöthigt wird. Was „besondere Rechte" sind, sagt § 84 der Landrechtseinleitung; jene (nebst den besonderen Pflichten) beruhen auf dem persönlichen Verhältnisse, in welchem ein Jeder gegen den Andern und gegen den Staat selbst sich befindet. Der Begriff findet seinen Gegensatz in den „allgemeinen Rechten" des Menschen (§ 83 das.). Diese gründen sich auf die „natürliche Freiheit, sein eigenes Wohl, ohne Kränkung der Rechte eines Andern, suchen und befördern zu können". Unter dieser „natürlichen Freiheit" dachte man sich ein vor- und außerstaatliches Gebiet des individuellen Seins, welches von Befehl und Verbot des Gesetzes

Digitized by Google

gewissermaßen noch nicht okkupirt war; so sagte ein Satz, der aus den Entwürfen in das Gesetzbuch selbst nicht übergegangen ist:[99a]) „Der Gebrauch der natürlichen Freiheit, soweit solcher durch Gesetze nicht eingeschränkt wird, ist das angeborene Recht jedes Menschen."

Gedanken und Ausdrücke sind die des Naturrechts, in dessen Lehren der Gesetzgeber hier wie anderwärts befangen ist. Die naturrechtliche Dogmatik, vor allem die Theorie Chr. v. Wolff's hatte ja — in einer neuen Wandlung der dualistischen Rechtslehre — die Antithese des allgemeinen (oder angeborenen) und besonderen Rechts entfaltet und ausgebildet;[100]) nur nannten sie die letztgenannten Rechte seltener „besondere" (iura singulorum), sondern meist „erworbene" (iura quaesita).

Die „besonderen Rechte" des § 75 sind die iura quaesita der naturrechtlichen Tradition.[101]) Im Sinne dieser Tradition

---

[99a]) Suarez'sche Umarbeitung der Einleitung nach Abschluß der revis. mon. (oben S. 69) § 131, Materialien Bd. 81 Bl. 6v.

[100]) Vgl. im Allgemeinen Gierke, Althusius S. 291 ff., sowie besonders G. Meyer, Der Staat und die erworbenen Rechte S. 7 ff.

[101]) Ueber die sachlich bedeutungslose Hinzufügung (besondere Rechte) „und Vortheile" vgl. unten S. 106 Anm. 107. Betreffs des geschichtlichen Zusammenhangs des § 75 mit dem Prinzip der „erworbenen Rechte" sei hier wiederum an jenes Monitum des Grafen Finkenstein erinnert, welches gewissermaßen die ursprüngliche Fassung des § 75 darstellt (oben S. 69). Daß im übrigen die Ausdrücke ius singulorum und ius quaesitum im Verhältniß des Einzelnen zur Staatsgewalt ganz dasselbe bezeichneten, ergiebt sich mit Evidenz aus den Bemerkungen eines zeitgenössischen Schriftstellers. Westphal, Das Teutsche Staatsrecht (1784 erschienen) meint (S. 75): „Die Ausdrücke ius singulorum und ius quaesitum werden gebraucht, wenn man anzeigen will, daß eine sonst zu erkennende, über uns zuständige Gewalt zu Kränkung dieser oder jener unserer Gerechtsame nicht ausgeübt werden könne. Jener (d. h. der Ausdruck ius sing.) ist besonders gewöhnlich, wenn von Gesellschaften die Rede ..... Dieser (ius quaes.) wird vom Staat gebraucht, wo man einem Oberherrn unterworfen und als Unterthan seinen Befehlen sonst Gehorsam schuldig ist. Hier sagt man, der Fürst könne kein ius quaesitum nehmen." — Also zwei verschiedene Worte, die dasselbe bezeichnen. Da man nun aber den Staat selbst als gesellschaftliches Vertragsverhältniß konstruirte, (auch Westphal a. a. O. S. 77 steht ganz auf dem Boden dieser Lehre), so ist nichts natürlicher, als daß man auch die Ausdrücke „ius singulorum" und „ius quaesitum" promiscue gebrauchte, bezw. mit dem Gesellschaftsrecht als Ganzem auch den Einzelbegriff des „besonderen Rechts" auf das Staatsrecht, das Recht der höchsten Gesellschaft, übertrug. — Das Ganze bietet ein lehrreiches Beispiel für den oben, erste Studie S. 12, 20 dargelegten Zusammenhang des Begriffs der iura quaesita mit dem Gedanken des Gesellschaftsvertrages.

Digitized by Google

und Lehre ist der Begriff des besonderen Rechts zu erklären und anzuwenden. Denn mit der Aufnahme des Lehrbegriffes in das positive Recht hat der Gesetzgeber nicht auch ohne weiteres die Fortentwickelung des Begriffes mit acceptirt; der § 75 bietet der Wissenschaft kein „Blankett zu wechselnder Ausfüllung" (O. Mayer, Verwaltungsrecht I S. 214). Wenn uns heute auch der Begriff des „erworbenen Rechts" im Sinne der älteren Theorie nicht mehr haltbar erscheint,[102]) wenn uns gewandelte Anschauung von Staat und Recht lehrt, daß auch die „natürliche Freiheit" ein subjektives Recht positiven Inhalts[103]) ist, — so werden wir nach unabweisbaren Auslegungsgrundsätzen gleichwohl die ehedem zur „natürlichen Freiheit" (dem Gegensatze des erworbenen Rechts) gerechneten Befugnisse[104]) nicht unter den „besonderen Rechten" des § 75 begreifen dürfen.

Aus solchem Zurückgreifen auf die verstaubten Theorien der Wolff, Nettelbladt, Daries u. A. möchten sich freilich schlimme Kontroversen für die heutige Gesetzesanwendung ergeben. Glücklicher Weise hat uns nun der Gesetzgeber von 1831, der auch an diesem Punkte mit rauher, aber sicherer Hand in das Gedankensystem des Landrechts eingriff, solcher Mühen enthoben. Sein Wille ist, daß der Entschädigungsgrundsatz des § 75 fortab nur Anwendung finden solle auf Eingriffe in das Privateigenthum,[105]) daß mit anderen Worten aus der Aufopferung eines „besonderen Rechtes" anderer Art — namentlich also eines subjektiv-öffentlichen Rechts —[106]) ein Ersatzanspruch nicht soll hergeleitet werden können.

---

[102]) G. Meyer a. a. O. S. 13.

[103]) Der „negative Status" Jellinek's. Vgl. dessen grundlegende Ausführungen in „System d. subj. öff. Rechte" S. 80, 89—108.

[104]) z. B. die Religionsfreiheit, als individualisirter Theil des negativen Status; Jellinek a. a. O. S. 99.

[105]) Das staatsministerielle Gutachten vom 16. November 1831 spricht von „Gefährdung" des Privateigenthums. Aus der Wahl dieses Ausdrucks ist keinesfalls zu schließen, daß über die „Aufopferung", von welcher § 75 spricht, hinaus eine Erweiterung des Entschädigungsanspruchs habe gewährt werden sollen. Das würde der scharf restriktiven Tendenz des Gutachtens, welche durch seine Entstehungsgeschichte besonders beleuchtet wird, unbedingt widersprechen. Ueberdies ist das Gesetz vom 11. Mai 1842 § 4 (oben S. 81) zu dem landrechtlichen Ausdruck „Aufopferung" wieder zurückgekehrt.

[106]) Mit dieser positivrechtlichen Beschränkung würden also die allgemeingehaltenen Behauptungen Jellinek's (a. a. O. S. 321) und O. Mayer's (a. a. O. II S. 353: „auch subjektive öffentliche Rechte sind hierher zu zählen") über die Entschädigungsfähigkeit öffentlicher Rechte zu verstehen sein.

Digitized by Google

Damit ist der Eventualität von Auslegungsschwierigkeiten in der oben bezeichneten Richtung vorgebeugt. Man braucht sich nicht mehr auf die Frage einzulassen, ob in casu ein „besonderes Recht" oder nur ein Stück „natürlicher Freiheit" hingeopfert sei, — denn das ist nie bezweifelt worden, daß das erworbene Privateigenthum ein „besonderes" und kein „angeborenes" Recht sei. Man braucht weiterhin auch nicht mehr darüber nachzusinnen, was der kopulative Zusatz im § 75 („besondere Rechte) und Vortheile" bedeute. Vereinzelt ist in der Litteratur diesem Zusatze der Sinn untergelegt worden, „eine Entschädigung müsse auch eintreten für die Aufopferung solcher Vortheile, welche nicht auf dem Privatrechte beruhen, welche der Einzelne aber bei Fortdauer des bisherigen gesetzlichen Zustandes zu genießen berechtigt sein würde".[106a]) Diese Auslegung, die Erstreckung des „Aufgeopferten" auf Befugnisse nicht privatrechtlicher Natur, verbietet sich durch den einfachen Wortlaut der Deklaration von 1831, welche das ἓν διὰ δυοῖν „Rechte und Vortheile" durch das unzweideutige „Privateigenthum" ersetzt hat.[107]) Zwar hat dann das Gesetz

Daß der ursprüngliche § 75 auch „besondere Rechte" publizistischen Inhalts umfaßte, beweist die oben besprochene Definition des besonderen Rechts im § 84 Einl. A. L. R. (..... „und gegen den Staat selbst"). Das hat sich aber seit der K.O. von 1831 geändert; die subjektiven öffentlichen Rechte fallen jetzt aus dem Schutzbezirk des § 75 heraus. Paris, Entschädigungsberechtigung der Adjazenten, S. 16, 17, nennt die Beschränkung des § 75 auf Privatrechte „unrichtig". Er vergißt die K.O. von 1831.

[106a]) Paris a. a. O. S. 3 ff.

[107]) Paris a. a. O. läßt die K.O. von 1831 auch hier unberücksichtigt. Wenn er die „mit Geringschätzung auf die Rechtsanschauungen und Leistungen der Redaktoren des A. L. R. herabblickende" gemeine Meinung beschuldigt, sie trüge kein Bedenken, in dem § 75 Einl. die Worte „und Vortheile" einfach zu streichen, „um hierdurch den Beweis zu führen, daß der § 75 lediglich von wohlerworbenen Privatrechten spreche", — so verfehlt diese Beschuldigung ihr Ziel.

Die Erkenntniß des ideellen Zusammenhangs zwischen dem „besondern Recht" (= ius quaesitum) und der Lehre vom Gesellschaftsvertrage (oben Anm. 101) macht die Hinzugesellung der Worte „und Vortheile" zu den „besonderen Rechten" vollkommen verständlich. Nach jener Vorstellungsweise ragt der Inhaber eines ius quaesitum aus der Masse der Gesellschaftsmitglieder hervor, er hat thatsächlich vor ihnen etwas „Besonderes" voraus, nämlich ein der Gesellschaft gegenüber erworbenes Recht, an dem ihre Souveränetät eine Schranke findet. Das Einzelrecht ist ein „besonderes", weil und insoweit es ein „Vortheil" ist. — Im Ergebniß übereinstimmend erklärt R.G. v. 2. Juli 1884 (Gruchot, Beiträge Bd. 29 S. 680) die Wortverbindung „Rechte und Vortheile" im § 75 für eine „Tautologie."

Digitized by Google

vom 11. Mai 1842, § 4, den Doppelausdruck wieder aufgenommen; in demselben Paragraphen (vgl. den Wortlaut oben S. 81) bezeichnet es aber den „Eingriff in Privatrechte" als Voraussetzung des Ersatzanspruchs. Auch hierin hat es also das geltende materielle Recht nicht geändert.

Was nun den positiven Umfang des Begriffes „Privateigenthum" nach der K.O. von 1831 anbetrifft, so wird man denselben nicht auf das Eigenthum im eigentlichsten und engsten Sinne des Civilrechts beschränken dürfen. Nicht von dem dominium als Privatrecht unter Privatrechten ist hier die Rede, sondern von dem Privatrecht im Gegensatz zum öffentlichen Recht. Sieht man von den Familienrechten ab, die für die hier erörterte Entschädigungsfrage außer Betracht fallen, so kann man den Komplex von Befugnissen, an deren Verletzung das Gesetz den Ersatzanspruch knüpft, wohl bezeichnen als Inbegriff der privaten Vermögensrechte.[108]) Die Grenzscheidung zwischen Privat- und öffentlichem Recht, dem Landrecht in dieser Form noch unbekannt, tritt in der Gesetzgebung von 1831 und 1842 scharf hervor. Die Anschauungen der Landrechtsverfasser, die, hierin noch in patrimonialen Ideen befangen, den Begriff des Privateigenthums wohl auch auf nutzbare Hoheitsrechte und andere publizistische Befugnisse[109]) anwenden, sind für die Interpretation der K.O. von 1831 und des Gesetzes vom 11. Mai 1842 nicht mehr heranzuziehen.

Die Aufopferung subjektiv-öffentlicher Rechte bedingt einen Ersatzanspruch nicht. — Auf die sehr weittragende Frage nach den Unterscheidungsmerkmalen zwischen öffentlicher und privater Befugniß kann hier nur hingewiesen werden. Sie in diesem Zusammenhange zu erörtern, ist ganz unmöglich.[110]) Nur das möge hervorgehoben werden, daß in zwei Momenten jener spezifische Unterschied nicht zu erblicken ist: in der Zulässigkeit des Rechtsweges (welche in Preußen nicht streng auf das Privatrecht beschränkt ist) — und dem vermögensrechtlichen Inhalt der Befugniß. Der einklagbare Gehaltsanspruch des Beamten mit seinem unzweifelhaft öffentlichrechtlichen

---

[108]) Vgl. auch bezüglich der „Privatrechte" des Gesetzes vom 11. Mai 1842 Loening, Verwaltungsarchiv III S. 130, 132.

[109]) Loening das. S. 103 (mit Citaten aus Stoelzel, Svarez).

[110]) Es ist zu verweisen in erster Linie auf Jellinek, System S. 50ff. Dazu neuerdings v. Stengel, Verwaltungsarchiv III S. 177ff., O. Mayer a. a. O. I S. 104ff.

Digitized by Google

Charakter liefert ein Beispiel ür beides.[111]) Aus der Kürzung des Gehaltes durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt (der Fall als Strafmaßregel scheidet hier selbstverständlich vorab aus) würde nach positivem preußischen Recht ein Ersatzanspruch nie hergeleitet werden können. Zudem würde eine solche Maßnahme nur im Wege der Gesetzgebung möglich sein, woraus schon allein (s. oben S. 93) der Ausschluß des Ersatzanspruchs folgen würde.[112])

Von besonderem Interesse für das Problem des Ersatzanspruchs ist die Struktur der Rechte an öffentlichen Sachen. Die Möglichkeit von Kollisionen zwischen Gemeinwohl und Einzelinteresse, die ohne Schädigung des letzteren nicht gelöst werden können, liegt hier sehr nahe; andererseits ist nach dem bestehenden Rechte die Bejahung der Entschädigungsfrage von der rechtlichen Natur des kassirten Einzelrechts (ob Privatrecht oder nicht) abhängig.[113]) Um die Grenzen der hier gestellten Aufgabe nicht allzuweit auszudehnen, mag hier lediglich ergänzend an das oben (S. 87, 88) über die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Straßen und Strömen Gesagte wieder angeknüpft werden. Wie daselbst dargelegt wurde, ist daran festzuhalten, daß das gemeine Eigenthum an den Verkehrswegen zu Wasser und zu Lande keine dingliche Herrschaft öffentlichrechtlichen Inhalts, vielmehr eine Form des Privateigenthums darstellt,[114]) dessen Ausübung hier rechtlich und thatsächlich beschränkt ist durch die Zweckbestimmung des beherrschten Objekts. Die Verkehrsstraße soll dem Gemeingebrauche dienen und diesem kraft keines Privatrechts — also auch nicht kraft des gemeinen Eigenthums selbst — entzogen werden dürfen.[115]) Darin liegt eine

[111]) Gegen die Identifizirung von Vermögens- und Privatrecht bes. O. Mayer a. a. O. S. 136 Nr. 2.

[112]) Die im Ergebniß übereinstimmende Ansicht G. Meyer's, Erworbene Rechte S. 41 bezieht sich auf ein bestimmtes positives Recht nicht. — Jellinek's Meinung ist bereits oben Anm. 106 erwähnt. Auch sie tritt als „allgemeiner Rechtsgrundsatz" auf; sie ist für das preußische Recht jedenfalls nicht zutreffend. Zu bemerken ist jedoch, daß Jellinek die von ihm über die öffentlichrechtliche Entschädigung aufgestellten Sätze als „verfassungsmäßige Normen für die rechtschaffende Thätigkeit des Staates" bezeichnet, welche einen Anspruch des Einzelnen nicht begründen. Also nicht Aussagen de lege lata, sondern legislative Erwägungen.

[113]) Vgl. bereits oben S. 105—107.

[114]) Vgl. hierzu noch Dernburg, Pr. Priv.R. I, 5. Aufl., § 251 Abs. 1.

[115]) „Oeffentliche Wege sind solche, welche zu allgemeinem Gebrauche dienen und demselben nicht kraft Privatrechts entzogen werden können", Wegeordnung f. d. Provinz Sachsen vom 11. Juli 1891 § 1.

Digitized by Google

öffentlichrechtliche Pflicht des Straßeneigenthümers, deren Erfüllung mit den Mitteln der öffentlichen Gewalt (Straßen- bezw. Strompolizei) gesichert wird. Diese Verpflichtung dient dem (durch die Polizei vertretenen) Gemeininteresse, nicht dem Interesse jedes Einzelnen; die Summe aller Einzelinteressen ist keineswegs identisch mit dem Gemeininteresse.[116]) Die thatsächlichen Vortheile, welche einem jeden aus dem offenstehenden Gemeingebrauche zufließen, sind nicht sein Recht.[117]) Der Pflicht des Straßenherrn, die Straße ihrem Bestimmungszwecke nicht zu entfremden (z. B. durch Besetzung mit Gebäuden), entspricht nicht ein korrelativer Anspruch jedes Individuums auf Erfüllung dieser Pflicht. Es zeigt sich hier der Gegensatz, den Jellinek[118]) in die Antithese „Recht und Reflexwirkung" faßt. Der Gemeingebrauch ist kein subjektives, sondern ein „Reflex" objektiven Rechts (eben jener publizistischen Verpflichtung des Straßeneigenthümers). Er ist ein rein thatsächlicher Vortheil,[119]) aus dessen Schmälerung durch obrigkeitliche Akte sein Inhaber einen Ersatzanspruch nie herleiten kann.[120])

---

[116]) Jellinek a. a. O. S. 64, vgl. auch S. 109 ff.

[117]) Das Landrecht — II 15 § 7 — sagt vom „freien Gebrauche der Land- und Heerstraße" nur, er sei einem jeden „gestattet".

[118]) a. a. O. S. 63 ff.

[119]) Uebereinstimmend Jellinek S. 70.

[120]) So v. Sarwey, Das öff. R. u. die Verwaltungsrechtspflege S. 404, 405. — In der Entsch. des R.G. v. 2. Oktober 1894 (Seuffert's Arch. N. F. Bd. 20 Nr. 75) wird der Ersatzanspruch von Interessenten, die durch die strompolizeiliche Einschränkung des Gemeingebrauchs (Verbot der Flößerei) geschädigt sind, abgelehnt. Das gemeinrechtliche Urtheil ist auch für das preußische Recht richtig; auf Grund des letzteren: R.G. v. 2. Juli 1884 (Gruchot Bd. 29 S. 678). Im Sinne des Textes auch Pernice, Labeo I S. 271 (... „ein direktes Recht des Einzelnen geradezu verneint"), ferner Ihering, Dogm. Jahrb. X S. 398 („Rechtszustand einer Sache ohne berechtigtes Subjekt"). Im Gegensatze hierzu diejenigen, welche den Gemeingebrauch als Recht, und zwar entweder als subjektiv-öffentliches Recht (s. nächste Anm.) oder als Privatrecht konstruiren. In letzterem Sinne: Regelsberger, Pandekten I § 113, VI („ein Privatrecht, genauer ein Sachenrecht eigenthümlicher Art"); weniger klar Bekker, Pandektenrecht I § 78 Beilage I. Doch zieht die civilrechtliche Litteratur aus dieser ihrer Konstruktion selbst nicht den Schluß, daß die Einschränkung des Gemeingebrauchs im Allgemeinen eine Schadloshaltung der „Berechtigten" (wer?) bedinge: Bekker a. a. O. Beilage I zu A, Ubbelohde, Fortsetzung von Glück's Pandekten, Bücher 43 u. 44, Bd. IV S. 175: „Darüber freilich scheint Meinungsverschiedenheit nicht zu bestehen, daß die ordnungsmäßig beschlossene Aufhebung des Gemeingebrauchs einen Entschädigungsanspruch nicht begründe, soweit sie sich auf solche Vortheile beschränkt, welche auch Anderen als den Anliegern zukommen."

Digitized by Google

Zu diesem ablehnenden Ergebniß müssen auch diejenigen gelangen, welche den Gemeingebrauch zwar als ein Recht, aber als ein subjektiv-öffentliches Recht auffassen[121]) (privatrechtliche Konstruktion des Verhältnisses; vgl. Anm. 120).

Aus dem, einem jeden zustehenden Gemeingebrauch ragen nun als „besondere Rechte und Vortheile" hervor die wirklichen Einzelrechte an der öffentlichen Sache. Solche können begründet werden, insoweit ihr Dasein dem öffentlichen Zwecke der Straße, des Stromes u. s. w. nicht widerstreitet.[122]) Sie können erworben werden durch Titel des Privatrechts (z. B. Ersitzung) oder des öffentlichen Rechts, durch rechtsbegründende Verwaltungsakte (Verleihung).[123]) In letzterem Falle irritirt die publizistische Natur des Begründungsaktes nicht das privatrechtliche Wesen des begründeten Rechts; wie das „gemeine Eigenthum" selbst hat auch die von ihm abgesplitterte, einem Einzelnen verliehene Nutzung privatrechtlichen Charakter.[124]) Werden solche Rechte im öffentlichen Interesse durch rechtmäßige Handhabung der

---

Für das preußische Recht scheint mir der ganze Konstruktionsstreit (über ihn neuerdings wieder ausführlich O. Mayer, Verwalt.R. II S. 111 ff.) gegenstandslos zu sein, da er durch den positiven Ausspruch des A. L.R. in II 15 § 7 entschieden ist. Hiernach ist der „freie Gebrauch ....." einem jeden „gestattet". Das heißt: niemand hat ein Recht auf den Gemeingebrauch als solcher, weder ein subjektiv-öffentliches, noch gar ein Privatrecht. Die eigenthümliche Popularklage in § 57 des Zuständigkeitsges. v. 1. August 1883 liefert keinen Gegenbeweis; sie setzt ein Recht des Klägers auf das Fortbestehen eines öffentlichen Weges sicherlich nicht voraus.

So leicht, wie O. Mayer a. a. O. S. 112, vermag ich mich über A. L.R. II 15 § 7 nicht hinwegzusetzen.

[121]) So Gierke, Genoss.Theorie S. 193 Anm. 2, Nieberding-Frank, Wasserrecht S. 304, 305, Dernburg a. a. O. § 252[2] Entwurf eines Preuß. Wassergesetzes (1894), Begründung zu § 63: Der Gemeingebrauch sei ein publizistisches Recht und ohne Entschädigung beschränkbar.

[122]) Die Eventualität künftigen Widerstreits hindert den Rechtserwerb an sich nicht, bildet z. B. keinen Besitzfehler bei erwerbender Verjährung: R.G. v. 3. Juni 1893, Gruchot Bd. 37 S. 1014.

[123]) A. L.R. II 15 § 2 („Erlaubniß des Staates").

[124]) Ueber publizistische Begründung privater Ansprüche vgl. Georg Meyer, Verwaltungsrecht 2. Aufl. I S. 87 ff., Jellinek a. a. O. S. 62, 63. Konsequent im Sinne seiner Theorie vom öffentlichrechtlichen Eigenthum (oben Anm. 60) vertheidigt O. Mayer, V.R. II § 39 (vgl. auch §§ 40, 41) die öffentlichrechtliche Natur der „besonderen Nutzungen": „Die Wirkung der Verleihung besteht in der Begründung eines subjektiven öffentlichen Rechts" (a. a. O. S. 153).

Das oben Anm. 60, letzter Satz, Gesagte, gilt auch hier.

Digitized by Google

obrigkeitlichen Gewalt geschmälert oder beseitigt (was u. U. nur durch formelle Expropriation möglich ist),[125]) so liegt hierin die Aufopferung einer zum Privateigenthum gehörigen Befugniß. Mit Recht ist in dergleichen Fällen von den Gerichten Entschädigung zugebilligt worden.[126])

Eine in der Rechtsprechung vorherrschende Ansicht nimmt nun zu Gunsten der Eigenthümer von Häusern, welche an den Ortsstraßen liegen, ein Nutzungsrecht an der Straße von vornherein an. Diesen Eigenthümern sei „dasjenige Recht der Benutzung der Straße und der ungeschmälerten Kommunikation mit derselben, dessen sie ihrer Lage nach bedürftig sind, nicht blos vergönnungsweise oder nach administrativem Ermessen, sondern dauernd und mit dem Charakter eines wohlerworbenen Rechts" eingeräumt.[127]) Danach erzeugt

---

[125]) Sonst durch polizeiliche Verfügung oder auf spezialgesetzlicher Delegation (z. B. dem Strombauverwaltungsgesetz, oben S. 89) beruhende Anordnung, oder durch verwaltungsgerichtliches Urtheil: Zuständ.Ges. v. 1. August 1883, § 56 letzter Absatz; (dort ausdrücklicher Vorbehalt der Entschädigungsklage). Vgl. im Allgemeinen Sarwey a. a. O. S. 502 und oben S. 66.

[126]) So das Anm. 122 angef. Urtheil. Durch den aus schifffahrtspolizeilichen Gründen verfügten Abbruch einer Brücke über einen öffentlichen Fluß sind Kläger von ihren, jenseits des Flusses liegenden Wiesen abgeschnitten worden. Das R.G. stellt fest, daß die Benutzung der Brücke den Klägern als Servitut zugestanden habe und billigt Entschädigung in quali zu. — Gleichartig: R.G. v. 12. Juni 1895, Gruchot Bd. 39 S. 881 (verkehrspolizeiliche Kassirung der Berechtigung, auf einem öff. Platze Verkaufsbuden aufzustellen). Vgl. ferner die von Seydel, Komment. z. Enteign.Ges. v. 11. Juni 1874, 2. Aufl. S. 73 angef. Entsch. des R.G.

Im Resultat übereinstimmend O. Mayer II S. 159, vgl. auch S. 193.

[127]) Wortlaut der Entsch. des O.Tr. in Striethorst, Arch. Bd. 72 S. 1. — Vgl. dann bes. R.G. v. 7. März 1882, Entsch. Bd. 7 S. 213. Die gesammte einschlägige Rechtsprechung ist ex professo behandelt von Paris a. a. O., bes. S. 14ff. Er verwirft die im Texte bezeichnete Konstruktion des Anliegerverhältnisses als einer durch stillschweigenden Vertrag begründeten Servitut als „künstlich und höchst bedenklich". Darin ist ihm nur beizustimmen. Nun gelangt er aber zur Bejahung der Entschädigungsfrage auf einem Wege, der noch weit bedenklicher ist als die hierzu vom O.Tr. und R.G. errichtete „Nothbrücke" (Paris, S. 16, 17); er will nämlich den § 75 auf die Aufopferung von „Vortheilen" ausdehnen, die nicht die Eigenschaft eines Privatrechts haben. Letztere Ansicht ist schon oben Anm. 106 a. E., 106*, 107 zurückgewiesen worden.

In der Wissenschaft wird die Servitut des Adjazenten vertheidigt von Dernburg a. a. O. I S. 631. Dagegen: Schultzenstein bei Gruchot Bd. 18 S. 759ff., Gierke, Genoss.Th. S. 193, Loening, Verwaltungsr. S. 573 Anm. 1, v. Sarwey a. a. O. S. 404, 405, Ubbelohde, Forts. von Glück's Pandekten, Bücher 43 u. 44, Bd. IV S. 179ff. (besonders beachtens-

Digitized by Google

jede obrigkeitliche Beschränkung dieses Rechts den Ersatzanspruch des § 75 und der K.O. von 1831 auf seiten des Geschädigten. — Der Erwerbstitel dieser Servitut wird, gezwungen genug, als stillschweigender Vertrag mit dem Straßeneigenthümer konstruirt; man denkt sich das so, „daß die Gemeinde durch Anlegung einer Straße zur Bebauung derselben auffordere und das Vertrauen auf das immerwährende Fortbestehen — namentlich des Straßenniveaus — erwecke." Durch die entscheidende Betonung der Bebauung, womit für das adjazirende Grundstück die behauptete Servitut erwachen soll, nöthigt man sich selbst zu der sachwidrigen Unterscheidung zwischen bebauten und unbebauten Grundstücken, wonach nur dem ersteren das Anliegerrecht zustehen soll, welches dem Eigenthümer des unbebauten Grundstücks, ferner dem Adjazenten an Straßen außerhalb der Ortschaften, endlich ganz allgemein dem Stromanlieger verweigert wird.[128])

Die ganze Konstruktion erscheint nicht haltbar. Sieht man von den oben erwähnten, durchaus unjuristischen Unterscheidungen ab, so ist überhaupt nicht einzusehen, „wie durch das gesteigerte Interesse des Hauseigenthümers an der Ausübung des Gemeingebrauchs ein Sonderrecht entstehen soll". Dieser Ansicht Gierke's (Genoss.Theorie S. 193 Anm. 2) ist unzweifelhaft beizutreten. Ein Interesse vermag sich nie von selbst zum Rechte zu steigern; das ist Sache der rechtsetzenden Gewalt. Ueberdies beruht die hier bekämpfte Ansicht auf einer ganz einseitigen Bevorzugung nicht sowohl des Grundbesitzers, als des städtischen Hauseigenthümers.[129]) Auch andere Leute haben an dem ungestörten Gemeingebrauch gerade dieser oder jener Straße ein unter Umständen sehr schwerwiegendes Interesse, dessen sie sich entschädigungslos begeben müssen, wenn ihnen die zeitweise oder dauernde polizeiliche Sperrung den gewohnten Weg verlegt und sie z. B. zu zeitraubenden Umwegen zwingt. Man sollte in diesen und

---

werth), neuestens O. Mayer II S. 133, 134. — Alle diese Schriftsteller, mit Ausnahme O. Mayer's, sprechen sich nicht nur gegen die im Text bezeichnete Begründung des Ersatzanspruchs, sondern auch gegen diesen selbst aus. Zutreffend namentlich Schultzenstein a. a. O. S. 760: ein ausreichender Schutz des Adjazenten liege bereits in der Unterwerfung des Straßeneigenthümers unter das Nachbarrecht (oben S. 90).

[128]) Gegen diese Entscheidungen mit Recht Paris a. a. O. S. 15. Die betr. Urtheile sind auch bei Dernburg a. a. O. S. 631 Anm. 19, 20 angegeben.

[129]) Das „Adjazentenrecht" soll zwar auch an Dorfstraßen bestehen; praktisch werden hier Interessenkollisionen durch Niveauänderungen, Sperrungen u. s. w. an und auf der Straße im Vergleich zu den Städten selten vorkommen.

Digitized by Google

ähnlichen Fällen nicht so sehr an den Eigenthümer als an die Miethsbewohner des städtischen Hauses denken,[129a]) die unter allen Umständen noch der Gefahr ausgesetzt sind, daß der Eigenthümer trotz erhaltener Entschädigung wegen Beeinträchtigung seines Adjazentenrechts sich durch Erhöhung der Miethen nochmals schadlos hält. Die Verhältnisse unserer Großstädte gewähren hier manchen belehrenden Einblick.

In einigen neueren Entscheidungen zeigt sich übrigens das Reichsgericht bezüglich des Adjazentenrechts einigermaßen skeptisch. Ein Hauseigenthümer wollte sein Recht an der Straße auf das unveränderte Fortbestehen derselben in ihrer ganzen Länge erstreckt wissen und begehrte daher Entschädigung, als die Polizeibehörde die Straße an einem, einige hundert Meter von der Hausgrenze des Klägers entfernten Punkte (durch Kassirung eines Bahn-Niveauüberganges) sperrte und dadurch den Kläger zu Umwegen nöthigte. Der Anspruch wurde abgewiesen.[130]) — In einem anderen Falle hatte die Ortspolizeibehörde, mit Zustimmung der Gemeinde als Straßeneigenthümerin, die Anlage eines Pferdebahngeleises auf dem Straßendamm dicht längs des klägerischen Grundstücks konzessionirt. Kläger, der das Grundstück zu kaufmännischen Zwecken benutzt und der seine Wagen bisher vor seinem Hauseingang auf der Straße ungestört hat halten und entladen lassen, geht nun dieses Vortheils verlustig, da die Wagen nur auf dem Geleise halten können, dort aber (zufolge polizeilicher Anordnung) den in Zwischenräumen von wenigen Minuten sich folgenden Straßenbahnwagen jedesmal Platz machen müssen, sodaß ein ruhiges Abladen unmöglich ist. Das Grundstück wird dadurch zweifellos stark entwerthet. Aber — „die Vortheile, die ein Geschäftshaus durch die Beschaffenheit der Straße hat, an welcher es liegt, darunter auch die Breite der Straße, welche ein bequemes Vorfahren und Halten von Wagen gestattet, sind rein thatsächlicher Natur . . . ihre Schmälerung durch andere Einrichtungen begründet keinen Entschädigungsanspruch.[131]) —

[129a]) So neuestens das Reichsgericht, Entsch. v. 21. September 95, E. Bd. 36 S. 272ff. Danach soll dem Miether „ein eigenes, vom servitutischen Rechte des Hausbesitzers abgeleitetes Recht an der Straße" zustehen, für dessen Beeinträchtigung durch Veränderung des Straßenniveaus Entschädigung geleistet werden muß.

[130]) R.G. v. 28. November 1889, Entsch. in Civils. Bd. 25 S. 242.

[131]) R.G. v. 24. Januar 1892, Gruchot Bd. 36 S. 682. Der Ersatzanspruch war in casu gegen die Pferdebahngesellschaft als bevortheilten Dritten gerichtet. S. unten S. 129.

Digitized by Google

In diesen Entscheidungen, namentlich der letzteren, nähert sich das Reichsgericht wieder seiner früheren Negation des Adjazentenrechts (Entsch. in Civils. Bd. III S. 171).

Noch viel weniger, wie die Straßenbenutzung, können als Substanz eines Rechts diejenigen thatsächlichen Vortheile konstruirt werden, welche man gemeinhin als „gute Geschäftslage" bezeichnet. Schon in der letzterwähnten Entscheidung des Reichsgerichts ist dieser Gesichtspunkt angedeutet. Bei Schmälerung solcher Vortheile beispielsweise durch Straßenverlegungen, verkehrs- oder sicherheitspolizeiliche Maßregeln kann demzufolge von Entschädigung keine Rede sein. Hiernach entscheidet sich auch der von Merkel (Kollision rechtmäß. Interessen S. 22) angeführte Fall. Der Gastwirth, welcher für seinen an der „via triumphalis" gelegenen Restaurationsgarten auf einen großen Zuspruch schaulustigen Publikums gerechnet hatte und sich nun durch die polizeiliche Absperrung von Straße und Garten schwer enttäuscht sieht, hat nichts aufgeopfert. Er hat Schaden und Gewinnverlust zu tragen, nicht anders, als ob ein andauernder Platzregen ihm das Geschäft verdorben hätte.

In dem gegenwärtigen Zusammenhange bleibt noch ein Punkt zu erörtern, die Frage, ob mit dem § 75 auch der § 70[132]) der Landrechtseinleitung durch die K.O. von 1831 in der bisher dargelegten Weise getroffen und eingeschränkt ist, oder ob die Privilegienrechte, auf die sich § 70 bezieht, von diesen Rechtsänderungen ausgenommen sind.

Bejaht man letzteres, so ergiebt sich folgender positiver Rechtszustand: Nach § 70 können Privilegien nur aus überwiegenden Gründen des gemeinen Wohls und nur gegen Entschädigung vom Staate aufgehoben werden. Findet nun das doppelte negative Prinzip der K.O. von 1831 auf § 70 keine Anwendung, so muß der Entschädigungsgrundsatz, ausnahmslos wie er hingestellt ist, offenbar auch für Privilegien publizistischen Inhalts und auch für die Kassirung des Privilegs durch die Gesetzgebung gelten. Derjenige, dessen Vorrecht durch einen Akt der Gesetzgebung beseitigt ist, könnte Entschädigung nur dann nicht fordern, wenn die Regel des § 70 für den Einzelfall aufgehoben, d. h. im Spezialgesetze die Entschädigungsfrage ausdrücklich verneint ist.

Eine solche Sonderstellung der auf privilegirendem Rechtssatze ruhenden Befugnisse kann indessen das Ministerialgutachten vom

[132]) S. oben S. 67—71.

Digitized by Google

16. November 1831 (welches allerdings als zu „deklarirende" Bestimmungen nur die §§ 73—75, nicht den § 70 nennt) schon nach der Art seiner Begründung nicht beabsichtigt haben. Wird dort nämlich, wie geschehen, jede gerichtliche Entschädigungsklage wegen der Folgen „hoheitlicher" Staatsthätigkeit als widersinnig und geradezu staatsgefährlich hingestellt, so trifft der damit gekennzeichnete Wille des Gesetzgebers offenbar die auf privilegirender lex specialis beruhenden Rechte nicht minder wie die aus allgemeinen Gesetzen fließenden. Aber auch abgesehen hiervon wird man — nach Ueberwindung der älteren Anschauung, welche in den Privilegien Rechtsgebilde eigener Art sah [133]) — mit der Rechtswahrheit rechnen müssen, „daß jedes durch ein Privilegium ertheilte Recht im Allgemeinen so zu behandeln ist, wie es zu behandeln wäre, wenn es nicht einem Privilegium seine Entstehung zu verdanken hätte".[134]) — Wird heute ein Privileg durch die Gesetzgebung aufgehoben, so findet, nach dem negativen Prinzip der K.O. von 1831, ein Ersatzanspruch nicht bezw. nur dann statt, wenn das Spezialgesetz ihn ausdrücklich zubilligt.[135])

---

4. „Aufopferung" und „Beschränkung" des Einzelrechts.

So bedeutend die Tragweite des § 75 durch die K.O. von 1831 eingeschränkt ist: — immerhin besteht der landrechtliche Satz noch mit der Kraft einer Rechtsvermuthung. Diese Präsumtion spricht für die Entschädigungspflicht des Staates, zwar nicht in allen überhaupt denkbaren, aber doch in den Fällen, welche eine Vermögensbeschädigung durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt als Folge der Aufopferung von Privateigenthum erscheinen lassen. Wann immer dies zutrifft, muß Entschädigung gewährt werden, falls nicht die das Prinzip beschränkenden Vorschriften der K.O. von 1831 zur gegentheiligen Entscheidung führen.

[133]) Vgl. oben S. 70, 71 und Gierke, Deutsches Privatr. I S. 308.

[134]) Motive zum Entwurf eines Bürgerl. G.B. für das Deutsche Reich, 1. Lesung, Bd. I S. 18, 19.

[135]) Im Ergebniß übereinstimmend Dernburg, Pr. Priv.R. I, 5. Aufl., § 25 a. E. (unter Berufung auf „allgemeine Grundsätze") und auch Gierke, Deutsches Priv.R. S. 307, 308 Anm. 27, letzterer Schriftsteller mit der nicht unbedenklichen Motivirung, § 70 Einl. sei „nicht mehr unmittelbar anwendbar", da er auf der heute überwundenen Anschauung beruhe, daß die Gesetzgebungsgewalt in formell bindende Schranken gebannt werden könne. — Insoweit § 70 durch die K.O. von 1831 nicht beseitigt ist, steht er heute noch ebenso in Kraft, wie § 75.

Digitized by Google

Danach scheint es, als sei die „Gewähr der erworbenen Rechte" in Preußen zwar nicht durch jenen Verfassungsartikel (s. oben S. 82), wohl aber schon durch das Landrecht in dem Sinne Rechtens geworden, daß der Werth des privaten Vermögensrechts nicht wider den Willen seines Inhabers vermindert werden dürfe. — Hat nun das landrechtliche Prinzip, noch abgesehen von den Bestimmungen der K.O. von 1831, die Bedeutung, daß die Verwaltung, wo immer sie in rechtmäßiger Ausübung ihrer Amtsgewalt Privatrechte schmälert, dies stets nur auf Staats- oder eines Dritten Kosten thun dürfe, daß also der von der administrativen Maßregel Betroffene den Schaden nie selbst zu tragen braucht?

Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, welche Erklärung man dem Begriffe „Aufopferung von Privateigenthum" giebt. Versteht man hierunter jede Verschlechterung der Vermögenslage, in welcher sich jemand zu einem gegebenen Zeitpunkte befindet, dann allerdings wäre das individualistische Prinzip der Vermögensgewähr der Verwaltung (K.O. von 1831!) gegenüber vollständig verwirklicht und durchgeführt. Dann könnte aus jeder Polizeiverfügung, die dem Adressaten Kosten verursacht, auf Entschädigung geklagt werden, unter der Behauptung, es sei „Privateigenthum aufgeopfert" worden. Nicht auf seine eigenen, sondern auf Kosten der Gesammtheit würde der Eigenthümer der unbezweifelten Pflicht nachzukommen haben, sein Eigenthum den polizeilichen Anforderungen gemäß zu gestalten.[136])

Dies kann nun unter keinen Umständen als Wille des Gesetzes angesprochen werden. Schon deshalb nicht, weil der Präsumtion des § 75,

> für jede Aufopferung eines Privatrechts durch einen Verwaltungsakt muß Ersatz geleistet werden,

ein anderes, ebenso allgemein lautendes Prinzip gegenübersteht:

> A. L.R. I 22 § 1: Den gesetzlichen Einschränkungen des Eigenthums ist ein jeder Grundbesitzer sich zu unterwerfen verbunden (Tit. 8 § 33 sqq.).
>
> § 2: Für Einschränkungen und Belastungen dieser Art kann kein Grundbesitzer eine im Gesetze ihm nicht ausdrücklich vorbehaltene Entschädigung fordern.

Darauf, daß diese Paragraphen nur von Grundbesitzern sprechen, wird hier kein Gewicht zu legen sein; man wird als Sinn des Gesetzes nicht

[136]) z. B. Gebäude standsicher, Lagerräume feuersicher herzustellen. Vgl. im Allg. Rosin, Polizeiverordnungsr. 2. Aufl. § 23 Anm. 10.

Digitized by Google

annehmen dürfen, daß das Eigenthum an Immobilien der öffentlichen Gewalt gegenüber grundsätzlich anders, — und zwar prekärer — gestellt sei, als die Rechte an beweglichen Sachen. — Ist sonach im § 2 I 22 gesagt, daß jedwedes Eigenthum seinen gesetzlichen Beschränkungen von selbst unterliege, und daß der Berechtigte diese Last tragen müsse, ohne dafür Vergütung fordern zu können: liegt darin nicht eine scheinbar unlösliche Antinomie mit dem Grundsatze des § 75? Zu den gesetzlichen Einschränkungen des Eigenthums und aller Einzelrechte gehört doch auch die Duldung aller rechtmäßig erlassenen obrigkeitlichen Anordnungen! Wie ist nun der Zwiespalt zu vereinen, daß der Gesetzgeber dasselbe Verhältniß der Unterordnung unter dem Staatswillen einmal (§ 75) als „Aufopferung" mit der Folge des Ersatzanspruchs, — das andere Mal (I 22 § 2) als Geltendmachung immanenter Schranken ohne diese Folge hinstellt?

So äußerlich wird man den Konflikt nicht lösen dürfen, daß man sagt, der § 75 betreffe die „Entziehung", der andere Rechtssatz die „bloße Beschränkung" des Eigenthums;[137]) der Umfang, sozusagen die Tiefe des staatlichen Eingriffs ist ein juristisch ganz belangloses Moment. — Offenbar sind beide Rechtsvorschriften, damit sie neben einander bestehen können, nach einer bestimmten Richtung hin restriktiv auszulegen. Bei der Erforschung dessen, was mit I 22 § 1, 2 hat gesagt sein sollen, kommt alles auf die Bedeutung des hinter § 1 h. t. eingeklammerten Allegats „§ 33 sqq." an. Denn diesen, den in I 8 § 33 ff. verzeichneten Beschränkungen soll ja der Eigenthümer ohne Anspruch auf Schadloshaltung unterworfen sein. Soll nun dieses Allegat den Sinn haben, daß die Versagung des Ersatzanspruchs nur

[137]) So: O.Tr. v. 1. Juli 1850, Entsch. Bd. 20 S. 3 ff. — Es handelte sich um Beschränkungen des Grundeigenthums in der Umgebung einer Festung. Ein Spezialgesetz der Art wie das Reichs-Rayon-Gesetz vom 21. Dezember 1871, § 34 ff. bestand damals nicht. Die vom Eigenthümer wegen Versetzung seines Grundstücks in den engeren Rayon begehrte Entschädigung wurde, da eine „bloße Beschränkung" im Sinne der §§ 1, 2 I 22 vorliege, vom O.Tr. (durch Plenarbeschluß) abgelehnt. Zu dem Urtheil vgl. v. Roenne, Staatsr. 4. Aufl. II S. 118 Anm., der mit Recht darauf hinweist, daß der Umfang des Gegenstandes der Entziehung den Rechtspunkt nicht treffe. Aber das Gericht hatte auch Recht, wenn es (bei der nicht bezweifelten Legalität der von der Festungskommandantur angeordneten Maßregel) den § 2 I 22 zur Anwendung brachte. Nicht sowohl die Entscheidung ist „bedenklich" (Rehbein, Entsch. d. O.Tr. 1. Aufl. I S. 103 Anm.), sondern die Unklarheit des Gesetzes. Vgl. Rehbein, 2. Aufl. S. 127, 128, wo der cit. Satz fehlt!

Digitized by Google

den im achten Titel angeführten Eigenthumsbeschränkungen [138]) gelten, für anderweit herzuleitende, z. B. auf verwaltungsrechtlichen Spezialgesetzen, einschließlich der Polizeiverordnungen beruhenden Maßregeln dagegen der Grundsatz des § 75 in Geltung bleiben soll?

Gegen eine solche interpretatio strictissima jenes Allegats spricht zunächst der Grundsatz der Analogie, welchem es widerstreiten würde, z. B. die baupolizeiliche Beschränkung (§§ 66 ff. I 8) nach I 22 § 2, die gesundheitspolizeiliche aber, die nicht auf den Vorschriften des achten Titels beruht, nach § 75 zu behandeln. Es spricht gegen jene Auslegung aber auch der Wille des Gesetzgebers, der aus der Entstehungsgeschichte der §§ 1 und 2 I 22 zu erkennen ist.

Der dem § 1 I 22 entsprechende § 1 Th. II Abth. III Tit. 21 des gedruckten Entwurfs eines allgemeinen Gesetzbuchs lautete:

> Jeder Grundbesitzer ist schuldig, denjenigen Einschränkungen des Eigenthums, welche durch allgemeine oder besondere Polizeigesetze zum gemeinen Besten vorgeschrieben sind, sich zu unterwerfen (Tit. V § 24—129).

Dann folgt § 2, gleichen Inhalts wie der nachmalige § 2 I 22. Das hier eingeklammerte Allegat weist auf die den §§ 33—101 I 8 A. L.R. entsprechenden Vorschriften des Allg. Gesetzbuchs. — Nun sagt die revisio monitorum (Mat. Bd. 80, Bl. 1967, ad. § 1) zu obigem §: „Einige Ständische Monenten deklamiren hier sehr gegen die besonderen Polizeigesetze, wodurch unter dem gemißbrauchten Vorwand des Gemeinen Besten die Rechte des Privateigenthums eingeschränkt würden. Um diesen Deklamationen auszuweichen, würde ich den § ganz allgemein dahin fassen: „„den gesetzlichen Einschränkungen des Eigenthums ist ein jeder Grundbesitzer sich zu unterwerfen verbunden““.

Durch die Streichung der „allgemeinen und besonderen Polizeigesetze“ — also der Verwaltungsgesetze und Polizeiverordnungen im heutigen Sinne — [139]) hat Svarez den § mithin nicht im Sinne

---

[138]) einschließlich des Nachbarrechts, §§ 102 ff. I 8. Das bleibt hier, wo nur Handhabung der Staatsgewalt in Frage steht, außer Betracht. Im Texte ist überall nur von den Einschränkungen des Eigenthums „zum Besten des Gemeinen Wesens“ (§§ 33—101 h. t.), einschließlich der dort den Polizeibehörden verliehenen Attributionen, die Rede.

[139]) Die Polizeiverordnungen waren zu landrechtlicher Zeit, umsomehr als sie nur kraft Königl. Spezialbefehls erlassen werden konnten, den formellen Staatsgesetzen ebenso gleich zu achten wie heute. Vgl. Rosin, Verwaltungsarchiv III S. 282, 296 ff. Daß die Vorschriften der Baupolizeiordnungen

Digitized by Google

jener individualistischen „Deklamationen" einschränken, ihn vielmehr aufrechterhalten und dieser Absicht durch eine „ganz allgemeine Fassung" Ausdruck geben wollen. Wenn er nun trotz dieser Absicht noch die „§§ 33 sqq." hinter I 22 § 1 allegirte, so hat vielleicht die Unterstellung obgewaltet, daß in den §§ 33 sqq. I 8 eine erschöpfende Kodifikation aller im Gemeininteresse statuirten, im Einzelfall event. durch die Polizeibehörde geltend zu machenden Eigenthumsbeschränkungen enthalten sei. Diese Unterstellung ist unrichtig, denn sehr viele verwaltungsrechtliche Beschränkungen sind auch ihrer Materie nach nicht in den Vorschriften des achten Titels enthalten. Aber wie dem auch sei, der Gesetzgeber hat jedenfalls von dem in der Natur der Sache liegenden Prinzip, daß dem besonderen „Polizeigesetze jedes Ortes" (I 8 § 82), auch den im Verordnungswege erlassenen, die gleiche Kraft und Autorität beizumessen sei, wie den Bestimmungen des A. L.R. selbst, hier nicht abweichen wollen. Sofern daher, auch außer den in §§ 33—101 I 8 vorgesehenen Materien und Fällen ein Gesetz,[140]) eine Polizeiverordnung oder eine in beiden vorbehaltene behördliche Anordnung eine vermögensschädigende Eigenthumsbeschränkung bewirkt, so fällt dies Verhältniß nicht unter den Gesichtspunkt der Aufopferung nach § 75, sondern unter die Konkretisirung bestehender Gehorsamspflicht nach § 2 I 22: der Ersatzanspruch ist in solchen Fällen zu verneinen.[141])

unter die „gesetzlichen Beschränkungen" des § 1 I 22 fallen, folgt schon aus ihrer Erwähnung in I 8 § 82. „Polizeigesetze" sind schon im A. L.R. selbst massenhaft enthalten. Sie gehören den verschiedenartigsten Materien des Verwaltungsrechts an; vgl. das Verzeichniß derselben bei Rosin a. a. O. S. 280 Anm. 80.

[140]) Insoweit brachte also die K.O. von 1831 mit dem Ausschluß des Ersatzanspruchs gegenüber Gesetzen den Sinn des Landrechts lediglich zum Ausdruck. Doch hat sie abgesehen von der Erstreckung ihres negativen Prinzips auf alle „Hoheitsrechte" darin selbständige Bedeutung, daß sie die Entschädigungsklage auch bei Individualgesetzen versagt. Die §§ 1, 2 I 22 haben, wie schon aus der vorausgesetzten Vielheit der Betroffenen („jeder Grundbesitzer") erhellt, nur die Wirkungen allgemeiner Rechtssätze im Auge. Die Zurücknahme eines Privilegs durch Individualakt des Gesetzgebers hätte nach Landrecht (§ 70 Einl.) zur Entschädigung verpflichtet, nach der K.O. von 1831 gilt das Gegentheil.

[141]) Uebereinstimmend (mit allgemein gehaltener Begründung) Dernburg a. a. O. I.S. 509. Rosin, Polizeiverordnungsr. 2. Aufl. § 24 zu 2.

Beispiele aus der Praxis: a) O.Tr. v. 9. III. 49, Entsch. Bd. 17 S. 374ff. Die Bezirksregierung verlegt den Leinpfad vom rechten auf das linke Ufer eines Stromes. Der Anlieger des linken Ufers klagt auf Entschädigung gegen

Digitized by Google

So bleibt denn nach alledem nur eine Form staatlicher Machtäußerung übrig, welche heute noch die Rechtsfolge des Ersatzanspruchs gemäß § 75 Einl. nach sich zieht: die Entziehung oder Beschränkung eines zum Privateigenthum gehörigen „besondern Rechts und Vortheiles" durch einen Verwaltungsakt, welcher nicht lediglich als Determinirung einer in einem Verwaltungsgesetze vorbehaltenen Eigenthumsbeschränkung erscheint.

Das Musterbeispiel eines solchen Verwaltungsaktes ist die Expropriation. Von diesem spezialgesetzlich geregelten Gebiet ist hier überall abzusehen. — Ein weiteres Beispiel aber liefern die polizeilichen Verfügungen, welche nicht den in einem besonderen Gesetz oder einer Polizeiverordnung ausgesprochenen Staatswillen ausführen, sondern in den — im A. L.R. § 10 II 17 festgesetzten — allgemeinen Befugnissen der Polizeigewalt ihre Rechtsgrundlage finden. Solche Verfügungen lassen sich auch bei der oben angewandten weitesten Ausdehnung des Allegats hinter § 1 I 22 nicht unter die ersatzlos zu duldenden Eigenthumsbeschränkungen subsumiren. Wenn auch die Entstehungsgeschichte zeigt, daß man bei der Abfassung der §§ 1, 2 I 22 über das Gebiet der speziell in I 8 bezeichneten bezw. vorbehaltenen Eigenthumsbeschränkungen hinausdachte, — wenn hiernach eine Ausdehnung der Entschädigungslosigkeit bis auf die Wirkungen aller besonderen Polizeigesetze und Polizeiverordnungen und auch bis auf die in diesen Normen dem behördlichen Ermessen erst vorbehaltenen Maßregeln zulässig erscheint; unter keinen Umständen wird man in der Interpretation noch weiter gehen und die Folgen überhaupt aller und jeder rechtmäßigen obrigkeitlichen Gewaltanwendung als vom Willen des Gesetzgebers (§ 2 I 22) umfaßt ansehen dürfen. Denn was wäre die Folge solcher Auslegung? Auch die im § 74 der Einl.

---

den Fiskus, wird aber abgewiesen, da § 2 I 22 in Verbindung mit § 57 II, 15 Anwendung finde. b) O.Tr. v. 19. Juni 1863, Strieth. Bd. 50 S. 139; Zurückweisung des Ersatzanspruchs der Kirchengemeinde, deren Begräbnißplatz auf Grund von § 184 II 11 polizeilich geschlossen wird. c) R.G. v. 20. September 1890, Entsch. Bd. 26 S. 338, polizeiliches Verbot des Wiederaufbaus einer abgebrannten Windmühle an der alten Stelle, da letztere näher an der Straße liegt als die (inzwischen durch Landespolizeiverordnung festgesetzte) Minimalentfernung der Windmühlen von öffentlichen Wegen betragen darf. d) Auch im folgenden Falle lehnte das R.G. (v. 14. Juni 1890, Gruchot Bd. 34 S. 880) den Ersatzanspruch ab: Die Häuser des Klägers sind auf Anordnung der Polizeibehörde wegen drohenden Einsturzes abgebrochen worden. I 8 § 72 und somit auch I 22 § 2 greifen durch.

Digitized by Google

vorgesehenen staatlichen Eingriffe würden von dem Gesichtspunkt der gesetzlichen Rechtsbeschränkung nach § 1 I 22 beherrscht sein, und nun entstünde die unentscheidbare Frage, ob der § 75 oder seine Verneinung, der § 2 I 22 anzuwenden sei. Läßt sich die Negation des Ersatzanspruchs immerhin mit Grund bis auf die behördliche Ausführung des in materiellen Spezialgesetzen enthaltenen Verwaltungsrechts erstrecken, so ist Halt zu machen vor dem Gebiete der auf allgemeinen obrigkeitlichen Amtsbefugnissen unmittelbar beruhenden Verfügungen. Die auf Generalvollmachten, wie A. L.R. § 10 II 17 (allgemeine Polizei) oder Berggesetz vom 24. Juni 1865 § 196 (Bergpolizei), direkt sich gründenden Polizeiverfügungen fallen nicht unter § 2 I 22, sondern unter § 75.

Die Rechtsprechung des Obertribunals und Reichsgerichts hat diesen prinzipiellen Standpunkt[142]) im Wesentlichen festgehalten.[143])

---

[142]) — der auch von Rosin, Pol.V.R. 2. Aufl. § 24 zu 3 und Dernburg, Pr. Priv.R. 5. Aufl. I S. 509 vertreten wird. Doch ist das — nur durch die bestimmte Positivität des Gesetzes gestützte — Ergebniß nicht so selbstverständlich, wie Dernburg anzunehmen scheint. Die Voraussetzung des Ersatzanspruchs ist ihm „eine amtliche Verfügung, welche sich nicht darauf stützen kann, daß sie die gesetzliche Schranke des Eigenthums zur Geltung bringt." Von rechtswidrigen Verfügungen ist hier ganz abzusehen. Rechtmäßige Verfügungen (und nur solche meint wohl auch Dernburg) aber bringen eine „gesetzliche Schranke" des Eigenthums auch dann zur Geltung, wenn sie lediglich auf die allgemeinen staatsrechtlichen Befugnisse der Behörde sich stützen; auch durch die letzteren ist das Eigenthum latent beschränkt. Vgl. oben S. 24; unten S. 133.

[143]) Beispiele: a) Die oben Anm. 126 bezeichneten Urtheile. b) O.Tr. v. 21. Juni 1860, Entsch. 43 S. 19. Ein Teich, welcher „ohne Zuthun" seines Eigenthümers versumpft und gesundheitsgefährlich geworden ist, wird auf Anordnung der Polizeibehörde zugeschüttet. Dem Eigenthümer wird Entschädigung zugebilligt. c) O.Tr. v. 19. Dezember 1872, Entsch. 68 S. 267. Die Behörde läßt eine Mühlschleuse öffnen, mit der beabsichtigten Folge, daß das Wasser des Mühlgrabens („welcher als Pertinenz zur Mühle gehört"), vermöge anderweiter Ableitung, im feuer- und sanitätspolizeilichen Interesse für die Allgemeinheit verfügbar gemacht wird. Wegen des Wasserverlustes wird dem Müller Vergütung zugesprochen, „da es sich nicht um eine gesetzliche Einschränkung seines Eigenthums handelt." — d) R.G. v. 8. Juli 1891, Entsch. 28 S. 275. Im Hinblick auf einen festgestellten, aber noch nicht veröffentlichten (sonst würden die Spezialvorschriften des Fluchtliniengesetz vom 2. Juli 1875 § 13 eintreten) Fluchtlinienplan wird dem Kläger „vorsorglicher Weise" die Polizeierlaubniß zur Bebauung seines Grundstücks über die projektirte Straßenflucht hinaus versagt. Entschädigung wird ihm zugesprochen, da Kläger „bevor sein Grundstück von einer gesetzlichen Baubeschränkung getroffen war, verhindert wurde, von seinem Grundstücke den beabsichtigten Gebrauch zu machen". Gleichartig:

Digitized by Google

Um den Kreis der zuletzt angestellten Untersuchungen abzuschließen, sei noch bemerkt, daß der Rechtsbegriff der Eigenthums-Aufopferung nicht anzuwenden ist auf die Fälle, in denen die Behörde — etwa zur Bekämpfung eines allgemeinen Nothstandes — Dienst- und Hülfeleistungen der Einwohner ihres Amtsbereiches in Anspruch nimmt: die sog. Nothhülfe.[144]) Von einer Entschädigung kann hier nicht die Rede sein.[145]) Sie ist zwar nicht durch §§ 1, 2 I 22 ausgeschlossen, denn gesetzliche Eigenthumsbeschränkung steht nicht in Frage. Die Aufforderung zur Nothhülfeleistung ist aber überhaupt kein Eingriff in das Privateigenthum, deßhalb versagt § 75. Nach der Ausdrucksweise des naturrechtlichen Individualismus wären solche Polizeibefehle „Eingriffe in die natürliche Freiheit". Wir sagen: es sind Aufforderungen zur Erfüllung der Bürgerpflicht. Der Gehorsam wird hier im Zweifel nicht bezahlt.

R.G. v. 22. Dezember 1894, Preuß. Verwalt.Bl. XVI S. 415. — Die Legalität des polizeilichen Einschreitens wird vorausgesetzt, § 75 aber, und nicht § 1, 2 I 22, angewendet, weil die Versagung des Baukonsenses hier nicht auf einem Spezialgesetze beruht wie in folgendem Falle: (R.G. v. 17. Dezember 1890, Gruchot Bd. 35 S. 117). Auf Grund einer Bestimmung der Baupolizeiordnung für Berlin vom 15. Januar 1887 ist dem Kläger die Bebauung seines Grundstücks nur bis zu einer Fläche von 50 m Tiefe gestattet, die Bebauung der Restfläche dagegen polizeilich untersagt worden. Die Entschädigungsklage wird abgewiesen, da „§ 75 Einl. sich nicht auf die in Folge der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen etwa eintretenden Schäden und Nachtheile bezieht." — Vgl. auch die Anm. 141 zu d referirte Entsch. (Hausabbruch „auf Grund" von A.L.R. I 8 § 72). — e) Im Gegensatze zu den unter a—d angeführten, die Entschädigungsfrage bejahenden Entscheidungen ist diese Frage verneint worden vom O.Tr. (z. B. v. 11. Februar 1868, Strieth. 71 S. 80, dazu vgl. Oppenhoff S. 356 Anm. 109) gegenüber Verfügungen der Bergpolizei, welche ohne Anlehnung an Spezialgesetze oder Polizeiverordnungen auf Grund der allgemeinen Befugnisse (s. oben im Text) z. B. dem Bergwerkseigenthümer aufgeben, beim Abbau sog. „Sicherheitspfeiler" stehen zu lassen. Es ist aber nicht einzusehen, warum § 75 hier nicht Anwendung finden soll.

[144]) Strafgesetzbuch § 360 Nr. 10. Feld- u. Forstpol.Ges. v. 1. April 1880, § 44[4]. Vgl. ferner Deichgesetz vom 28. Januar 1848 § 25 (Entschädigung nur wegen benutzter „Materialien"). Vgl. Oppenhoff S. 46 Nr. 110.

[145]) Ob in dergleichen Fällen privatrechtliche Normen dem, der Hülfe geleistet hat, zur nachherigen Schadloshaltung durch den Unterstützten verhelfen können, bleibt hier unerörtert. — Vgl. z. B. O.Tr. v. 3. Juni 1862, Entsch. 62 S. 298. Der Tenor ist auf § 75 Einl. und zugleich auf die Bestimmungen über nützliche Verwendung gestützt. Es handelt sich um den Ersatzanspruch einer Stadt, der während der Abwesenheit der Garnison (zu Kriegszeiten) die Bewachung einer Staatsanstalt anbefohlen worden ist. — § 75 läßt sich m. E. nicht hierherbeziehen.

Digitized by Google

5. Zuständigkeit des Civilgerichts.

Daß die Entscheidung über die aus § 75 erhobenen Ersatzansprüche zur Zuständigkeit der Gerichte gehöre, ist schon in dem grundlegenden Kompetenzgesetz des Preußischen Staates, der Verordnung vom 26. Dezember 1808[146]) anerkannt worden. Die K.O. von 1831 hat dann Anspruch und Rechtsweg auf „Einrichtungen in der Verwaltung" beschränkt. Heute beruht die Kompetenzregulirung in Sachen des Ersatzanspruchs aus rechtmäßiger Handhabung der Staatsgewalt auf dem Gesetz vom 11. Mai 1842.[147])

Nach § 4 findet bei Parteibehauptungen, daß durch eine polizeiliche Verfügung „ein solcher Eingriff in Privatrechte geschehen sei, für welchen nach den gesetzlichen Vorschriften über Aufopferungen der Rechte und Vortheile des Einzelnen im Interesse des Allgemeinen Entschädigung gewährt werden muß, — der Rechtsweg darüber statt, ob ein Eingriff dieser Art vorhanden sei und zu welchem Betrage dafür Entschädigung geleistet werden müsse. — Als weiterer Entscheidungspunkt ist zu der Feststellung des Eingriffs (s. im Folg. unter I) und der Entschädigungssumme (II) noch hinzuzufügen die Prüfung der Passivlegitimation,[148]) der Frage, ob der auf Ersatz Beklagte der richtige Beklagte sei (III).

I. Die Gesetzmäßigkeit des Eingriffs ist für den Civilrichter unantastbar (§ 1 des Ges. von 1842) und von ihm vorauszusetzen. Genauer gesagt: dieser Inzidentpunkt steht bei Ersatzklagen nach § 4 cit. Ges. überhaupt nicht zur Diskussion. Die Partei, welche durch Handhabung der öffentlichen Gewalt einen zur Vergütung berechtigenden Vermögensschaden erlitten zu haben vermeint und dieserhalb den Rechtsweg beschreitet, erkennt damit die Legalität der schädigenden Verfügung stillschweigend an, — oder doch: sie beruhigt sich dabei, anstatt, wie ihr freistand, die Verfügung im Beschwerdewege oder Verwaltungsstreitverfahren anzufechten. Hat sie letzteres nicht vorgezogen (vielleicht in der Hoffnung auf reichliche Entschädigung), so muß auch der Richter, selbst gegen seine Rechtsmeinung, den inzidenten Verwaltungsakt „ebenso als gesetzmäßig ansehen, als wenn sie von der letzten Verwaltungs-

---

[146]) §§ 37, 40. Dazu Loening, Verwaltungsarchiv II S. 455ff. und Oppenhoff a. a. O. S. 40ff.

[147]) Loening a. a. O, III S. 132, 133; Oppenhoff S. 353ff.

[148]) Vgl. vorläufig Oppenhoff S. 356 Nr. 111.

Digitized by Google

oder verwaltungsgerichtlichen Instanz auf Beschwerde oder Klage erlassen wäre".[149]) Insbesondere ist der Ersatzbeklagte (s. unter III) mit dem Einwande der Rechts- oder Sachwidrigkeit der Verfügung nicht zu hören; — ungeachtet des Umstandes, daß er an der Aufhebung derselben, als der causa agendi, ein unleugbares Interesse hat.[150]) Dieses Interesse ist indessen kein rechtliches; ein Rechtsschutzanspruch steht ihm nicht zur Seite, insbesondere auch kein Feststellungsanspruch (Wach) im Sinne des § 231 der Civilprozeßordnung. Letztere Prozeßnorm kann hier, wo es sich um die Feststellung eines dem Rechtswege von vornherein entzogenen Rechtsverhältnisses — nämlich der Gesetzwidrigkeit einer Verfügung — handeln würde, überhaupt nicht Anwendung finden. Andererseits ist eine verwaltungsgerichtliche Klage auf „Feststellung" der Grenzen der polizeilichen Amtsgewalt nach der bestehenden Gesetzgebung nicht zulässig.[151]) So bleibt denn dem Beklagten, z. B. der Stadtgemeinde, welche aus einem offenbar gesetzwidrigen, aber von dem betroffenen Kläger acceptirten Eingriff der Ortspolizeibehörde auf Schadloshaltung belangt wird, nichts übrig, als entweder die Aufhebung der Polizeiverfügung im Aufsichtswege zu erwirken, oder gegen die Polizeibehörde bezw. deren Beamten den Regreßweg zu beschreiten (Oppenhoff, S. 358 Nr. 122).

Es läßt sich nicht verkennen, daß dieser Rechtszustand zu offenbaren Unzuträglichkeiten führen kann, sofern nämlich die Verwaltungsbehörden gewissermaßen ermächtigt werden, durch unbefugte Anordnungen, welche der Adressat widerspruchslos über sich ergehen läßt, den Staat, die Gemeinde oder einen Dritten (s. unten III) mit der Verpflichtung zur Entschädigung zu belasten. Der Richter wird hier in vielen Fällen zu Gunsten des Beklagten nichts thun können.

Indessen hat dies doch seine Grenzen. Das Gericht soll prüfen „ob ein Eingriff dieser Art" — d. h. überhaupt eine polizeiliche Verfügung — „vorhanden sei". — Damit ist gesagt, daß

---

[149]) So, nahezu gleichlautend, die Urtheile des Reichsgerichts vom 20. September 1890, Entsch. 26 S. 341 und des Bayerischen Obersten L.G. vom 27. Mai 1893, Seuffert's Arch. N. F. Bd. 19 Nr. 39. — O. Mayer, V.R. II S. 350.

[150]) Oppenhoff S. 358 Nr. 122.

[151]) Entsch. d. O.V.G. v. 3. Oktober 1888, Preuß. Verwalt.Bl. X S. 132. Inwieweit der § 231 C.P.O. überhaupt einer analogen Anwendung im Verwaltungsstreitverfahren fähig ist, kann hier dahingestellt bleiben. Vgl. die Ausführungen Schultzenstein's im Verwaltungsarchiv Bd. 2 S. 572 ff. u. Mueller's, Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege . . . . . (1895) S. 106, sowie Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 28 S. 210.

Digitized by Google

das Gericht in dem „Eingriff" mindestens die Willensäußerung einer mit obrigkeitlicher Gewalt ausgerüsteten Behörde zu rekognosziren hat. Nicht aber ist gesagt, daß er auch noch Halt machen soll vor der Machtanmaßung einer Stelle, die gar nicht Inhaberin öffentlicher Gewalt ist, z. B. einer sich als „Obrigkeit" geberdenden fiskalischen Vermögensverwaltung. (Vgl. oben S. 86ff.) Das Reichsgericht (in dem Anm. 149 angef. Urtheil) geht in dieser Richtung so weit, daß es auch die formelle Zuständigkeit der Polizeibehörde zum Gegenstande richterlicher Prüfung nach § 4 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 macht. Danach wäre, falls das Gesetz die zur Vornahme des Eingriffs befugte Behörde bestimmt bezeichnet, (z. B. im § 51 der Gewerbeordnung die höhere Verwaltungsbehörde) im Streitfalle aber eine andere Behörde vorgegangen ist (z. B. die Ortspolizeibehörde den ferneren Betrieb einer gewerblichen Anlage nach § 51 a. a. O. untersagt hat), diese Anordnung vom Richter einfach zu ignoriren. „Die Vorschrift des § 51 Gew.-Ordn. ist zur Gewinnung des Rechtssatzes nicht geeignet, daß nicht nur die durch das Gesetz berufene, sondern auch irgend eine andere Behörde die Macht habe, dadurch, daß sie unbefugterweise einen Gewerbebetrieb schließt, den Staat oder sonst jemand mit der Verpflichtung zum Schadensersatz zu belasten. Eine derartige Verfügung einer nicht befugten Behörde mag außer dem Beschwerderechte unter Umständen eine Vertretungspflicht des unbefugt verfügenden Beamten herbeiführen können, nicht aber eine vermögensrechtliche Belastung des Staates oder eines Dritten ..... Auf das Bestehen einer von unzuständiger Seite erlassenen Verfügung hat freilich der Richter keine Einwirkung; aber er kann sie auch, wenn sie zu seiner Kognition kommt, nur so beurtheilen, wie sie vorliegt, und kann ihr deshalb nicht Rechtswirkungen beilegen, welche das Gesetz nur mit den Verfügungen bestimmt bezeichneter Behörden verknüpft." (Worte des angef. Urtheils, Entsch. Bd. 26, S. 343.)[152]) Dieser Ansicht des Reichsgerichts ist aus Gründen logischer Folgerichtigkeit zuzustimmen, wobei allerdings fraglich erscheint, ob eine so weitgehende Ausdehnung des richterlichen Prüfungsrechts dem Sinne des Gesetzes von 1842 entspricht.

[152]) Ist im Gesetz die zuständige Behörde nicht ausdrücklich bezeichnet und nur etwa gesagt, daß dieses oder jenes durch die „Verwaltungsbehörden" oder „im Verwaltungswege" zu entscheiden sei, so wird der Civilrichter die Verfügung jeder daraufhin thätig gewordenen, an sich mit obrigkeitlicher Gewalt ausgerüsteten, Verwaltungsbehörde als von zuständiger Stelle erlassen respektiren müssen.

Digitized by Google

Nach der oben (S. 115 ff.) gegebenen Darstellung ist für die Bejahung des Ersatzanspruchs entscheidend die Beurtheilung des Eingriffs als „Aufopferung" im Gegensatze zur „gesetzlichen Beschränkung" privater Vermögensrechte. Wie dort eingehend ausgeführt wurde, beruht das allein erhebliche Unterscheidungsmerkmal darin, ob die inzidente Verfügung sich als Konkretisirung eines Spezialgesetzes (Polizeiverordnung) erweist oder nicht. Auf diesen entscheidenden Punkt hat sich naturgemäß das Augenmerk des Richters vor allem zu lenken. Mit der freien Prüfung dieser Frage ist ihm wiederum indirekt eine Rechtskontrolle über die administrative Thätigkeit eingeräumt. — Man stelle sich vor, daß eine polizeiliche Verfügung rechtsirrthümlich mit der Bezugnahme auf eine Gesetzesvorschrift motivirt ist, daß beispielsweise die Versagung der Bauerlaubniß sich zu Unrecht auf §§ 66 ff. I 8 A. L.R. beruft. Sache des Richters ist es, selbständig zu prüfen, ob die Verfügung sich unter das Spezialgesetz subsumiren läßt (dann I 22 § 2!), oder ob sie im Verneinungsfalle einem Entschädigungsanspruche nach § 75 nicht entgegensteht.[153])

Stützt sich die dem Ersatzanspruche zu Grunde liegende Verfügung auf eine Polizeiverordnung, so ist weiterhin noch dem Gericht die Prüfung der Rechtsgültigkeit der Verordnung eingeräumt (während, wie Rosin[154]) richtig hervorhebt, die Verfügung unantastbar bleibt). Ist nun der Polizeiverordnung aus formellen oder materiellen Gründen die rechtliche Wirkung abzusprechen, so muß weiter untersucht werden, ob die in lite befindliche Verfügung vom Willen eines andern Spezialgesetzes getragen wird, ob z. B. die Versagung der Bauerlaubniß sich — zwar nicht auf die rechtsungültige Baupolizeiordnung, wohl aber auf die Bestimmungen des A. L.R. I 8 §§ 66 ff. stützen läßt. Nur wenn auch diese Frage zu verneinen ist, behält die Verfügung die rechtliche Qualität eines anspruchserzeugenden Verwaltungsaktes.

II. Die Höhe der Entschädigung. — Ueber diesen Punkt enthält weder das A. L.R., noch die K.O. von 1831 spezielle Vorschriften. Nach § 70 Einl. ist der Privilegirte, dem man sein Sonderrecht genommen hat, „hinlänglich" zu entschädigen; der § 75 enthält

---

[153]) Gut ausgeführt in dem oben Anm. 141 zu d bezeichneten, sowie in dem Preuß. Verwalt.Bl. XVI S. 415 abgedruckten Urtheile des Reichsgerichts.

[154]) Pol.V.R. 2. Aufl. § 24 Anm. 11 (vgl. auch die dort angeführte Judikatur) und § 53 Anm. 15.

Digitized by Google

sich jedes näher charakterisirenden Adjektivs. Es fragt sich nun, in welchem Umfange der Gesetzgeber die Entschädigung in beiden (jedenfalls gleichmäßig zu behandelnden) Fällen eintreten lassen will, ob insbesondere nur das wirklich Aufgeopferte, das damnum emergens, oder auch noch der entgangene Gewinn zu ersetzen ist. Nimmt man das letztere an, so würde sich die öffentlichrechtliche Entschädigung nach §§ 70, 75 dem Umfange nach mit der „vollen Genugthuung" des Civilrechts (A. L.R. I 6 § 7) decken, — wobei vorweg zu bemerken ist, daß die Bestimmungen des sechsten Titels über Schadensersatz analoge Anwendung auf das hier erörterte, durchaus eigenartige Rechtsinstitut nicht dulden.

Die Wurzeln der §§ 70, 75, die §§ 43 und 113 des gedruckten Entwurfs von 1784 (oben S. 67 ff.), zeigen übereinstimmend die farblose Wendung „gegen billige Entschädigung (Vergütigung)". Daraus ist auch nichts zu entnehmen. Wohl aber geben die Materialien Aufschluß über das, was man hinsichtlich des Umfangs der Entschädigungspflicht gewollt hat. — Zu § 43 des Entwurfs lagen widerstreitende Monita vor, von denen das eine den Ersatzanspruch auf das damnum emergens beschränken, das andere aber auch das lucrum cessans vergütet wissen wollte (v. Grollmann; cf. Extr. mon., Bd. 72 fol. 44v, 45), welches letztere „allein den principia societatis und der Billigkeit entspreche". Svarez schloß sich indessen der Ansicht Grollmann's nicht an. ... „Es zeigt solches (nämlich der Streit der Monenten), daß es nothwendig sei, die Entschädigung etwas näher zu bestimmen. Auf das lucrum cessans kann solche wohl nicht extendirt werden. Dagegen würde ich bei einem privilegio oneroso dazu rechnen:

a) alle Kosten, die der privilegiatus verwendet hat zur Erlangung des privilegii,

b) alle Kosten, die er auf die Ausübung des privilegii und auf die erforderlichen Anstalten verwendet hat, insofern ihm erstere nicht schon durch den aus dem privilegio gezogenen Nutzen ersetzt werden und letztere nach der Aufhebung des privilegii ihm unnütz werden,

c) überhaupt aller Verlust und Nachtheil, welcher ihm in seinem gegenwärtigen Vermögenszustande aus der Aufhebung des priv. zuwächst". So Svarez.[155])

[155]) Rev. mon. Abschr. Bd. I Bl. 40. — Auf diese Stelle der Materialien weist wohl auch Dernburg I 5. Aufl. S. 49 Anm. 6 hin.

Digitized by Google

Nach diesen Ausführungen (welche auch auf § 113 des Entwurfs zu beziehen sind) ist also der durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt entzogene Gewinn nicht zu vergüten, vielmehr nur (vgl. bes. oben zu c) die in dem gegenwärtigen Vermögenszustande durch einen anspruchserzeugenden Staatsakt verursachte Schadensdifferenz.[155a])

III. Die Träger der Ersatzpflicht. — Nach § 75 ist „der Staat . . . zu entschädigen gehalten". Damit hat nicht gesagt sein sollen, daß gerade immer die Staatskasse, — das „Gesammtvermögen", wie die K.O. von 1831 sagt — die Entschädigung selbst tragen müsse.

Auch hier erläutert der Meister sein Werk. Zu dem oben erörterten § 43 des Entwurfs war monirt worden (Mat. Bd. 72 fol. 44v), man möge zum Ausdruck bringen, daß die Entschädigung von dem Landesherrn zu leisten sei. Suarez erwidert hierauf (an der Anm. 155 bezeichneten Stelle der Revisio): „halte ich für ungegründet. Es ist nicht nothwendig, daß just allemal der Landesherr die Entschädigung gebe. Oft kann solche auch von einem Tertio, der die Aufhebung des privilegii sollicitirt hat und Vortheil davon zieht, geleistet werden".[156])

Diesem Rechtsgedanken ist die Praxis bei Anwendung der §§ 70, 75 Einl. gefolgt. Schon das Obertribunal hat — allerdings nach längerem Schwanken —[157]) den Grundsatz herausgebildet, daß bei Ersatzansprüchen aus § 75 keinesfalls immer der Staat selbst, stets

---

[155a]) „Die Höhe des zu vergütenden Schadens bemißt sich nach dem Werthe, den das getroffene Gut unmittelbar für sich hat": O. Mayer, V.R. II S. 355.

[156]) In diesem Sinne sollte auch der § 75 gelegentlich der Landrechts-Revision klargestellt werden; s. oben Anm. 24. In dem dort angef. Votum des Justizministers ist hierzu bemerkt, daß die Ersatzpflicht der Staatskasse immerhin als Regel anzusehen sei. Bei Verwaltungsmaßregeln von lediglich lokaler Bedeutung und Tragweite könne daran gedacht werden, das aus Staatsfonds an Entschädigung Gezahlte von dem engeren Interessentenkreise wieder einzuziehen. Da indessen eine solche Repartition „in das Gebiet der Gesetzgebung und des Besteuerungsrechts eingreife" bedürfe sie im Einzelfalle der landesherrlichen Genehmigung.

[157]) In älteren Urtheilen des O.Tr. erscheint fast ausnahmslos der Fiskus als Ersatzbeklagter; vgl. z. B. Simon und v. Strampff, Rechtssprüche I S. 73ff., 77ff., O.Tr. Entsch. Bd. 17 S. 374ff., Bd. 32 S. 23. — Vgl. aber dann die weitere Entwickelung der Judikatur bei Koch, Kommentar zum A.L.R. 8. Aufl. I S. 64, 65, Oppenhoff S. 356 Anm. 111, O. Mayer a. a. O. II S. 355 Anm. 12.

Digitized by Google

aber derjenige die Entschädigung zu leisten habe, „in dessen Interesse die Aufopferung geschehen ist". Das Reichsgericht hat diesen Grundsatz vorbehaltlos übernommen.[158]) Damit ist ein dem civilrechtlichen Kondiktionensystem ungefähr analoges Rechtsinstitut geschaffen; als leitender Gedanke erscheint hier wie dort, daß Niemand sich mit dem Nachtheil eines Andern bereichern soll.[159])

Die Feststellung des Bevortheilten als Trägers der Ersatzpflicht ist hiernach Thatfrage.[159a]) Als Hauptträger dieser Pflicht erscheinen der Staat (Fiskus) und die Gemeinde. Die Passivlegitimation der letzteren wird im Zweifel stets bei Maßregeln der Ortspolizei begründet sein;[160]) während die Folgen landespolizeilicher Eingriffe im Allgemeinen die Staatskasse selbst zu vergüten hat.[161]) In dem einen oder dem andern Falle kann aber auch ein engerer Personenkreis oder gar nur eine Einzelperson als Nächstinteressirter erscheinen. Die Deichbehörde veranlaßt zur Abwendung größeren Gemeinschadens einen Deichdurchstich; der Deichverband muß die geschädigten Grundbesitzer schadlos halten.[162]) Aehnlich ist in dem oben S. 113 referirten Falle die Straßenbahngesellschaft als richtiger Beklagter angesehen worden.

Zu bemerken ist noch, daß die Vergütungen, welche eine Stadtgemeinde denjenigen zahlen muß, die von einer Maßregel der Ortspolizeibehörde betroffen worden sind, nicht zu den Polizeikosten im

[158]) Urtheile v. 14. Januar 1882, Entsch. Bd. 6 S. 295, v. 30. April 1887, Gruchot Bd. 31 S. 877, 878, sowie alle in Anm. 143 angezogenen Entscheidungen.

[159]) Selbstverständlich braucht auf seiten des Beklagten keine in Geld abzuschätzende in rem versio vorzuliegen; wie überhaupt nicht der Vortheil des Beklagten, sondern der Schaden des Klägers den Umfang der Ersatzleistung bestimmt. — Oppenhoff S. 356 Anm. 111. Vgl. auch O. Mayer a. a. O. II S. 345, 346.

[159a]) — deren Entscheidung, d. h. die Feststellung des „Bevortheilten", u. U. schwierig sein kann. R.G. v. 28. September 1895, Entsch. Bd. 36 S. 281 bezeichnet als Träger der Ersatzpflicht das „unmittelbar begünstigte" Gemeinwesen: ... „Beispielsweise kann eine auf Förderung des Verkehrs gerichtete Maßnahme ihren wohlthätigen Einfluß auf weite Kreise erstrecken .., dennoch wird als das unmittelbar begünstigte und deshalb zum Ersatze eines etwa entstandenen Schadens verpflichtete Rechtssubjekt nur diejenige Gemeinde angesehen werden können, in deren Bereich das betreffende Verkehrsmittel fällt."

[160]) So die Anm. 143 zu b, c, d angef. Urtheile.

[161]) So die Ersatzansprüche aus Verfügungen der Strompolizei, oben Anm. 126.

[162]) O.Tr. v. 2. Juli 1852, Strieth. Bd. 6 S. 220. Vgl. auch R.G. v. 28. September 1895, Entsch. Bd. 36 S. 286 ff.

Digitized by Google

technischen Sinne des Wortes gehören. Die Frage erlangt praktische Bedeutung in den Städten mit Königlicher Polizeiverwaltung. Träger der Polizeikosten, der persönlichen wie der sächlichen, ist hier nach dem Gesetz vom 20. April 1892 der Staat. Dieses Gesetz hat indessen, wie nach Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts[163]) als feststehend angenommen werden muß, „über Ausgaben, welche erst in Folge der verwaltenden Thätigkeit, durch die Ausführung polizeilicher Anordnungen, durch die Herstellung polizeilicher Zustände in der Außenwelt, also mittelbar entstehen", überhaupt nicht disponirt. Zu diesen „mittelbaren Polizeikosten" wird man unzweifelhaft auch die hier erörterte Ersatzpflicht bezw. die Ausgaben, welche durch ihre Erfüllung entstehen, zählen müssen. An der Verpflichtung der Gemeinden, den aus rechtmäßiger Handhabung der Polizeigewalt erhobenen Ersatzansprüchen zu genügen, ist durch das Gesetz vom 20. April 1892 nichts geändert.

---

6. Kritische Schlußbemerkungen.

Die Ausführungen der letzten Abschnitte haben gezeigt, daß das Anwendungsgebiet des allgemeinen Ersatzanspruchs aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt ein engeres ist, als man beim ersten Anblick der sedes materiae, des § 75, vermuthen möchte. Nach der K.O. von 1831 beherrscht der dort ausgesprochene Entschädigungsgrundsatz nur noch das Gebiet der polizeilichen Verfügungen. Und auch hier ist, vermöge der eigenthümlichen Durchkreuzung des positiven Prinzips — § 75 — durch die negative Maxime des § 2 I 22[164]) wieder ein engerer Kreis von Thatbeständen abgegrenzt, die nun allein mit dem Recht auf allfälligen Wertherſatz privilegirt erscheinen. Es sind diejenigen Eingriffe der Behörde, welche als „Aufopferungen" in Gegensatz gestellt sind zu den „gesetzlichen Beschränkungen" der privaten Vermögensrechte.

Diese Bevorzugung der als „Aufopferung" bezeichneten, d. h. der nicht auf Spezialgesetzen (s. oben S. 121 u. Anm. 143) beruhenden administrativen Maßregeln entspricht nicht der Gerechtigkeit, denn sie zwingt den Richter zu einer verschiedenartigen Behandlung materiell ganz gleichartiger Fälle. Man vergleiche die oben Anm. 141 und 143 angeführten Gruppen von Entscheidungen! Die polizeiliche Nieder-

[163]) Vgl. namentlich die eingehend begründete Entsch. v. 23. Oktober 1894, Preuß. Verw.Bl. XVI S. 217ff. (= Entsch. des O.V.G. Bd. 27 S. 63ff.).

[164]) Oben S. 116ff.

Digitized by Google

reißung des baufälligen Hauses (Anm. 141 zu d) ist „Geltendmachung immanenter Eigenthumsschranken". Warum? Nicht deshalb, weil die Polizeibehörde, als sie den Abbruch anordnete, innerhalb ihres Amtsauftrags handelte, das Publikum vor Gefahren zu schützen, sondern weil die Anordnung außerdem noch auf eine Spezialvorschrift, ein „Gesetz" im Sinne des § 1 I 22 gestützt werden kann, — auf eine Bestimmung rein kasuistischer Art, wie ihrer das Landrecht so viele enthält. Die Kasuistik des Gesetzbuchs und der neueren Verwaltungsgesetzgebung wird hierdurch in ein ganz falsches Licht gerückt und der Anschein erweckt, als wären die gesetzlichen, zur Entschädigung nicht berechtigenden Eigenthumsbeschränkungen lediglich in diesen zahllosen Einzelbestimmungen enthalten.

Gründet sich die Versagung einer Bauerlaubniß auf die §§ 66 ff. I 8 A. L. R. oder auf die in § 82 das. vorbehaltenen Baupolizeiordnungen, so liegt eine „gesetzliche Beschränkung" vor, gründet sie sich „nur" auf die allgemeinen Amtsbefugnisse der Polizei (§ 10 II 17), so hat der Bauherr „Privateigenthum aufgeopfert" (Anm. 143 zu d). — Zum Schutze der öffentlichen Gesundheit verfügt die Behörde die Zuschüttung eines Teiches (Anm. 143 zu a), der „ohne Zuthun" seines Besitzers versumpft ist und Miasmen ausströmt. Entschädigung muß gewährt werden, da der Richter kein „Gesetz" findet, welches eine Spezialermächtigung zur Verschüttung sumpfiger Teiche enthält, vielmehr konstatiren muß, daß die Polizeiverfügung hier einen selbständigen publizistischen Rechtstitel darstellt. Gleichfalls „ohne Zuthun" des Eigenthümers ist jener Kirchhof (Anm. 141 zu b), der einstmals außerhalb der Stadt lag, nunmehr vom Wachsthum der Stadt ereilt worden; er liegt jetzt inmitten menschlicher Wohnungen und darf seinem Bestimmungszwecke aus sanitätspolizeilichen Gründen nicht ferner dienen. Indem die Polizeibehörde den Begräbnißplatz schließt, kann sie sich auf eine Spezialvorschrift berufen, die in dem zuletzt gedachten Falle fehlte, — auf den § 184 II 11 A. L. R., welcher die Beerdigung von Leichen in bewohnten Gegenden der Städte verbietet. Deshalb keine Entschädigung für den Eigenthümer.

Diese Beispielpaare ließen sich unschwer vermehren. Sie zeigen nur scheinbar ein Schwanken der Judikatur. Die seltsamen, dem Gemeinverstande sicherlich unbegreiflichen Widersprüche in der Behandlung sachlich kongruenter Thatbestände sind allein durch den pünktlich befolgten Befehl des Gesetzgebers veranlaßt.

Digitized by Google

Nicht leichter, wie die hiermit ausgesprochenen praktischen, wiegen die theoretischen Bedenken, welche sich gegen jene Zweitheilung erheben. Die Gegenüberstellung: Aufopferung — gesetzliche Beschränkung erweckt den Anschein, als handle es sich im ersteren Falle um etwas Ungesetzliches. Und doch steht beide Male nur rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt in Frage. Bei einer gesetzwidrigen Polizeiverfügung braucht sich Niemand zu beruhigen; sind doch gerade auf diesem Gebiete heute in Gestalt der Verwaltungsgerichte ausreichende Rechtsschutzeinrichtungen vorhanden.[165]) Hat indessen der Betroffene sich bei der Verfügung beruhigt (oben S. 123), so darf ihre Gesetzmäßigkeit vor dem Forum des Civilrichters nicht in Zweifel gezogen werden. Indem nun aber die entscheidende Vorfrage gestellt wird, ob die inzidente Verfügung Ausfluß eines Spezialgesetzes ist, oder ob der Ersatz Fordernde „zu der ihm von der Polizei aufgegebenen Handlung erst durch die polizeiliche Anordnung verpflichtet wurde",[166]) d. h. ob die Verfügung ihre rechtliche Stütze in den allgemeinen Befugnissen der Behörde (§ 10 II 17 A. L.R.) findet, — indem man hiernach die Entschädigung versagt oder zubilligt, kann man sich offenbar noch immer nicht von der Auffassung losringen, daß das Privateigenthum als solches eine Schranke der öffentlichen Gewalt bilde, bezw. daß Ausnahmen von dieser Regel höchstens im Rahmen besonderer Spezialgesetze anzuerkennen seien. Dies ist unrichtig.[167]) Nicht das Privateigenthum bildet eine Schranke der Polizeigewalt, vielmehr die letztere eine Schranke des ersteren. In Anlehnung an einen treffenden Ausdruck Jellinek's[168]) ist wieder und wieder darauf hinzuweisen, daß das Privateigenthum keine konstante, sondern eine variable Größe ist. Der Inhalt der Rechtsordnung, insbesondere des Verwaltungsrechts, sind ihm immanente Schranken, deren Geltendmachung nichts Neues bedingt, sondern bereits Vorhandenes ausspricht.

---

[165]) — welche früher fehlten. Oben S. 55, 56. Mit Recht bemerkt Oppenhoff S. 353 Nr. 98, daß die Entschädigungsklage nach § 4 des Ges. v. 11. Mai 1842 ein „Gegengewicht" gegen die damalige Schutzlosigkeit des Publikums gegenüber der Polizeigewalt bilde. Aus diesem Grunde würde der Entschädigungsanspruch heute keine Rechtfertigung mehr finden.

[166]) Gruchot Bd. 34 S. 881 (die Anm. 141 zu d bezeichnete Entsch.).

[167]) Vgl. Rosin § 23 Anm. 10.

[168]) System d. subj. öff. Rechte S. 79, — wo von dem „Recht der Persönlichkeit" die Rede ist.

Digitized by Google

Wie die oben S. 116 ff. betrachteten §§ 1, 2 I 22 zeigen, haben dies die Landrechtsverfasser auch erkannt. Aber sie sind auf halbem Wege stehen geblieben. Nicht nur die Anwendung der Spezialgesetze und Polizeiverordnungen, sondern überhaupt alles zu dulden, was die Verwaltung in rechter Ausübung ihrer Amtsgewalt vorschreibt, ist „gesetzliche Einschränkung" des Eigenthums. Ob der obrigkeitliche Akt sich auf eine *spezielle* oder *generelle* Vollmacht gründet, — ob die polizeiliche Verfügung durch ein Spezialgesetz oder durch die allgemeine Attribution des § 10 II 17 A. L.R. legitimirt ist, dies kann einen rechtlichen Unterschied der Fälle offenbar nicht begründen. Auch das in der eben angezogenen Bestimmung des Landrechts umgrenzte „Amt der Polizei" ist ein *Bestandtheil der Rechtsordnung*.

Mit alledem ist aber dem hier erörterten Rechtszustande de lege ferenda das Urtheil gesprochen. Die geltende Regelung des Ersatzanspruchs aus rechtmäßiger Handhabung der Polizeigewalt beruht auf theoretisch unrichtigen Voraussetzungen und läßt sich — wie dies die oben S. 130, 131 angeführten Beispiele zeigen — am wenigsten durch praktische Erwägungen rechtfertigen.

Von den beiden sich durchkreuzenden Landrechtssätzen enthält nicht der § 75, sondern der § 2 I 22 das richtige Prinzip. Im *Prinzip* ist der Ersatzanspruch aus rechtmäßigen Polizeimaßregeln überhaupt zu verwerfen. In der öffentlichrechtlichen Pflicht, Freiheit und Eigenthum den polizeilichen Anforderungen gemäß zu benutzen bezw. zu gestalten, liegt nichts, was über die selbstverständliche Pflicht, dem Gesetze zu gehorchen, hinausgeht und eine *singuläre* Belastung des einzelnen Staatsbürgers darstellt. Man müßte sonst in jeder Gesetzesanwendung eine solche Belastung erblicken. Der Rechtsstaat kennt aber den Zwang gegen die Einzelnen und ihr Eigenthum nur als Gesetzesanwendung; so ist auch jede polizeiliche Verfügung Anwendung einer Regel. Wer sich und sein Eigenthum dem Gesetze unterwirft, der hat nichts „aufgeopfert".

Dieser Grundsatz ist als Ausgangspunkt und Regel festzuhalten. Die Präsumtion des § 75 (s. oben S. 115 ff.) sollte umgekehrt und durch die Rechtsvermuthung ersetzt werden: *aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der öffentlichen Gewalten findet ein Ersatzanspruch im Zweifel nicht statt.* — Damit wäre denn auch die Kongruenz mit dem Gemeinen Recht (oben Studie II, a. E.) wiederhergestellt.

Digitized by Google

Unter welchen Gesichtspunkten Ausnahmen von diesem Grundsatze zu statuiren wären, darüber lassen sich allgemeine Regeln nicht aufstellen; es ist dies Sache der legislativen Beurtheilung des Einzelfalls. Nur soviel läßt sich sagen, daß Billigkeitsrücksichten die Schadloshaltung überall da fordern, wo die Wirkungen der polizeilichen Verfügung einer Expropriation gleichkommen, also überall, wo ein Vermögensobjekt wider den Willen des Inhabers für öffentliche Zwecke in Anspruch genommen wird. Einen typischen Fall dieser Art zeigt die oben Anm. 126 angeführte Entscheidung. Die Kassirung der Brücke sammt der darauf lastenden Wegeservitut rechtfertigt sich durch polizeiliche Rücksichten;[169]) deshalb bedarf es keines formellen Enteignungsaktes, dessen es bedürfen würde, wenn die Brücke für ein Unternehmen, welches über die polizeilich zu schützenden Interessen hinaus der öffentlichen Wohlfahrt dient, z. B. zu Stromregulirungsarbeiten in Anspruch genommen wird. Alsdann würde die Entschädigung des Servitutberechtigten aus dem Enteignungsgesetze vom 11. Juni 1874 (§ 11) folgen. Aber auch in dem erstgedachten Falle wird man dem Berechtigten Schadloshaltung de lege ferenda nicht versagen wollen. In solchen und ähnlichen Fällen wird also ein Ersatzanspruch aus rechtmäßiger Handhabung der Polizeigewalt de lege ferenda zu billigen sein. Immer aber muß — um das hier vertheidigte legislative Prinzip nochmals zu wiederholen — der Ersatzanspruch den Charakter einer Ausnahme haben, welche der Gesetzgeber unter Durchbrechung, also in Bestätigung der allgemeinen Regel jeweils ausdrücklich festzustellen hat. Die Spezialgesetzgebung (vgl. Koch, A. L.R. 8. Aufl. Bd. I S. 65), welche das dermalen geltende Prinzip auf viele Einzelfälle angewandt hat, würde dann zur eigentlichen und selbständigen sedes materiae des Ersatzanspruchs.

Der Entschädigungspflicht bei Vermögensbeeinträchtigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt Maß und Grenzen zu setzen, ist eine Aufgabe, welche der Verwaltungsgesetzgebung gestellt ist; um ein Problem des Civilrechts handelt es sich dabei überall nicht. Dem entspricht es, wenn die Kodifikation des Reichscivilrechts an der hier erörterten Frage vorübergeht. Der § 75 Einl., der § 1

[169]) Die Polizeigewalt ist in ihrem Verhältniß zum Privateigenthum durch das Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 nicht eingeschränkt worden. Seydel, Kommentar zu diesem Ges., § 54 Anm. 3. Vgl. im übrigen die Ausführungen am Schlusse der Zweiten Studie, 5, 65, 66.

Digitized by Google

I. 22 A.L.R. und die K.O. von 1831 gehören zu denjenigen landesrechtlichen Bestimmungen, welche das Bürgerliche Gesetzbuch unberührt läßt. Der Vorbehalt zu Gunsten der bestehenden und ferner zu erlassenden (Einführungsgesetz z. B. G.B. Art. 3) Landesgesetze erstreckt sich nicht nur auf „die im öffentlichen Interesse erfolgende Entziehung, Beschädigung oder Benutzung einer Sache, Beschränkung des Eigenthums und Entziehung oder Beschränkung von Rechten" (Einf.Ges. Art. 109), auf die öffentlich-rechtliche „Beschränkung des Eigenthums in Ansehung thatsächlicher Verfügungen" (a. a. O. Art. 111), — kurz nicht nur auf die Maßbestimmung der staatlichen Eingriffsgewalt, sondern auch auf die Begrenzung der Entschädigung bei Ausübung dieser Gewalt (a. a. O. Art. 109 Satz 2). Ueber Dasein und Umfang des Ersatzanspruchs entscheidet, soweit nicht eines der einschlägigen Reichs-Spezialgesetze (a. a. O. Art. 52—54, z. B. Rayongesetz, Gesetze über Leistungen an die bewaffnete Macht, Viehseuchengesetz) Anwendung findet, nach wie vor das Landesrecht. — Nur in einem Nebenpunkte hat das Bürgerliche Gesetzbuch nach dieser Richtung hin, und zwar dem Landesrecht gegenüber mit lediglich subsidiär wirkender Kraft, Bestimmung getroffen: hinsichtlich der Rechte Dritter an der Entschädigung, welche dem durch Eingriffe der Staatsgewalt betroffenen Eigenthümer gewährt wird.

Artikel 52 und 53 des Einführungsgesetzes zum B. G.B. lauten:

> Art. 52. Ist auf Grund eines Reichsgesetzes dem Eigenthümer einer Sache wegen der im öffentlichen Interesse erfolgenden Entziehung, Beschädigung oder Benutzung der Sache, oder wegen Beschränkung des Eigenthums eine Entschädigung zu gewähren und steht einem Dritten ein Recht an der Sache zu, für welches nicht eine besondere Entschädigung gewährt wird, so hat der Dritte, soweit sein Recht beeinträchtigt wird, an dem Entschädigungsanspruche dieselben Rechte, die ihm im Falle des Erlöschens seines Rechtes durch Zwangsversteigerung an dem Erlöse zustehen.
>
> Art. 53. Ist in einem Falle des Art. 52 die Entschädigung dem Eigenthümer eines Grundstücks zu gewähren, so finden auf den Entschädigungsanspruch die Vorschriften des § 1128 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Erhebt ein Berechtigter innerhalb der im § 1128 bestimmten Frist Widerspruch gegen die Zahlung der Entschädigung an den Eigenthümer, so kann der Eigenthümer und jeder Berechtigte die Eröffnung eines Vertheilungsverfahrens nach den für die Vertheilung des Erlöses im Falle der Zwangsversteigerung geltenden Vorschriften beantragen. Die Zahlung hat in diesem Falle an das für das Vertheilungsverfahren zuständige Gericht zu erfolgen.
>
> Ist das Recht des Dritten eine Reallast, eine Hypothek, eine Grundschuld, oder eine Rentenschuld, so erlischt die Haftung des Entschädigungs-

Digitized by Google

anspruchs, wenn der beschädigte Gegenstand wiederhergestellt oder für die entzogene bewegliche Sache Ersatz beschafft ist. Ist die Entschädigung wegen Benutzung des Grundstücks oder wegen Entziehung oder Beschädigung von Früchten oder von Zubehörstücken zu gewähren, so finden die Vorschriften des § 1123 Abs. 2 Satz 1 und des § 1124 Abs. 1, 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.

Diese Vorschriften finden — Art. 109 Satz 2 Einf.Ges. — Anwendung auch auf die Ersatzansprüche, welche das Landesrecht in gleichartigen Fällen gewährt. Nur insoweit jedoch finden sie Anwendung, als nicht die Landesgesetze ein Anderes bestimmen.

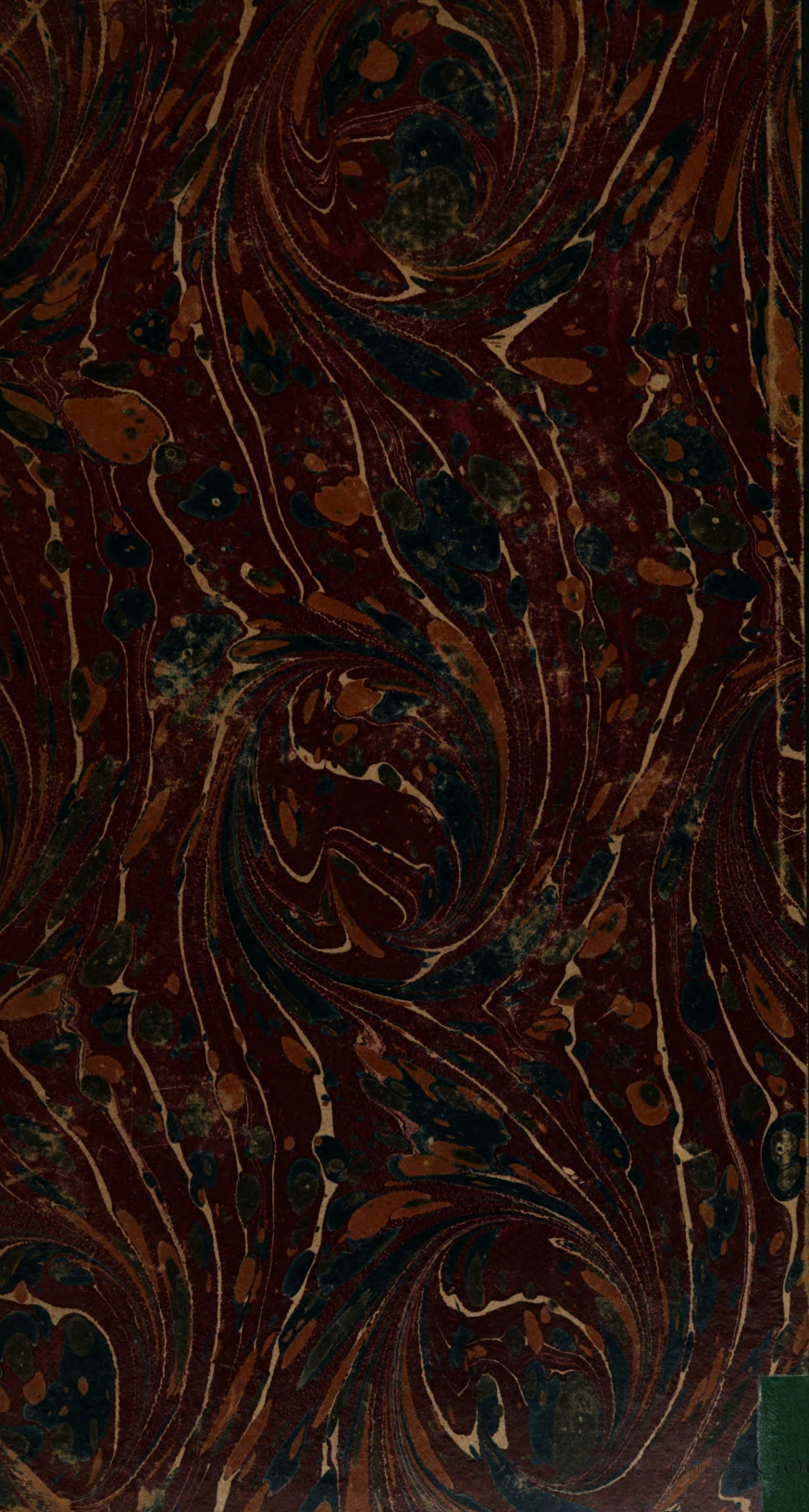
Sam
1/3/23

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google